

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
RAPHAEL DE MATOS CARDOSO**

**O contrato de gestão celebrado com organizações sociais de saúde pelo Estado e pelo
Município de São Paulo**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor doutor Rodrigo Pagani de Souza

SÃO PAULO/SP

2022

RAPHAEL DE MATOS CARDOSO

**O contrato de gestão celebrado com organizações sociais de saúde pelo Estado e pelo
Município de São Paulo**

Versão corrigida

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do professor doutor Rodrigo Pagani de Souza.

SÃO PAULO/SP

2022

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cardoso, Raphael de Matos

O contrato de gestão celebrado com organizações sociais de saúde pelo Estado e pelo Município de São Paulo ; Raphael de Matos Cardoso ; orientador Rodrigo Pagani de Souza -- São Paulo, 2022.

291

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Contratos de gestão. 2. Organizações sociais. 3. Terceiro setor. 4. Saúde. I. Souza, Rodrigo Pagani de, orient. II. Título.

CARDOSO, R. M. C. O contrato de gestão celebrado com organizações sociais de saúde pelo Estado e pelo Município de São Paulo. 2022. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida

Instituição: USP

Julgamento: _____

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira

Instituição: USP

Julgamento: _____

Profa. Dra. Vera Cristina Caspari Monteiro

Instituição: FGV

Julgamento: _____

Profa. Dra. Juliana Bonacorsi de Palma

Instituição: FGV

Julgamento: _____

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta

Instituição: Universidade Federal de Goiás

Julgamento: _____

Às vítimas da covid19, seus familiares e amigos, especialmente aos órfãos da pandemia, que sejam as fortalezas para a construção de um mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

Inauguro as reflexões sobre o reconhecimento daqueles e daquelas que povoaram o caminho do meu doutoramento e desta fase da minha vida com especial gratidão aos responsáveis pelo meu ingresso no prestigiado programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Em primeiro lugar agradeço viva e fortemente o meu orientador Rodrigo Pagani de Souza. O conheci rapidamente em um evento jurídico, mais um dentre tantos que participamos porque operadores do direito. Naquela ocasião trocamos poucas palavras a respeito do tema abordado por ele em um dos painéis. Semanas depois o revi na banca de defesa da dissertação de mestrado da querida amiga Ana Júlia Vaz de Lima. Após esses dois breves encontros, o vi apenas meses depois no dia da avaliação aplicada pelo grupo formado por ele e pelos professores Marcos Augusto Perez e Fernando Dias Menezes de Almeida, como parte do processo seletivo concebido por eles para ingresso no programa de mestrado e doutorado. O professor Rodrigo foi o responsável pela aplicação da prova escrita de conhecimentos da matéria de concentração do programa. Naturalmente não nos falamos. Depois dessa avaliação, uma vez aprovado, o encontrei em outra etapa, a entrevista, na presença do professor Marcos Augusto Perez, quando defendi o meu projeto para ingresso no doutorado. Concluídas todas as etapas e admitido no programa, se iniciou um relacionamento de admiração, respeito e muita troca. O professor Rodrigo Pagani é um profissional dedicado, de inteligência aguçada, comportamento simples e cordial e de uma franqueza elegante e refinada. Com ele aprendi a me atentar a todos os detalhes e a lapidar minhas reflexões, sem qualquer espaço para o pedantismo e a arrogância. Vi muitas vezes nos seus olhos o brilho do entusiasmo de despertar nos alunos o interesse pelo bom e honesto debate e a satisfação de contribuir para o melhor ensino. Ser seu aluno tornou a minha existência intelectual mais digna, fértil e sofisticada. Muito obrigado, professor Rodrigo, pela dedicação e companheirismo na minha jornada.

Igualmente registro minha gratidão aos outros dois professores que participaram do meu ingresso e permanência no doutoramento. Agradeço os professores Marcos Augusto Perez e Fernando Dias Menezes de Almeida por acreditarem em mim e no meu projeto e o valorizarem a ponto de me incluírem no seletivo grupo admitido na pós-graduação.

O professor Marcos Perez é um profissional excepcional. O conheci em uma reunião de trabalho há alguns anos (a única oportunidade que nos encontramos antes do meu ingresso no doutorado). Dividimos a mesma mesa de negociação como patronos de partes

contrárias. No reencontro na Faculdade de Direito pude confirmar que o advogado talentoso é também um docente notável, de grande capacidade de seduzir os alunos com suas exposições sempre bem construídas e comentários leves, astutos e muitas vezes divertidos. Tive a honrosa oportunidade de compartilhar a condução de aulas com ele na monitoria e de receber toda a sua generosidade como ser humano e colega, além de aprender com a sua sabedoria inesgotável. Obrigado, professor Marcos.

Conheci o professor Fernando somente na disciplina ofertada por ele na França. Belo lugar para o nosso encontro. Lá pude confirmar a sua conhecida profundidade acadêmica e a modéstia daqueles que sabem que a vida é um processo de aprendizado ininterrupto. O reencontrei na minha banca de qualificação. Recebi o presente de tê-lo como avaliador do meu projeto e de receber as suas valiosas contribuições que me ajudaram a enxergar, com clareza e inspiração, os melhores caminhos para a minha tese. Busquei na sua doutrina o amadurecimento que precisava para sustentar minhas convicções e bebi da sua abundante sagacidade e olhar refinado sobre o direito administrativo. Grato, professor Fernando.

Aproveito a menção a minha banca de qualificação para agradecer efusivamente o professor Gustavo Henrique Justino de Oliveira, que para o meu deleite dela participou. A princípio fiquei apreensivo com a sua análise, já que ele tem uma obra seminal e referência sobre contratos de gestão, objeto da minha pesquisa. Porém, a minha preocupação logo foi substituída pelo alento das suas intervenções precisas e pela nobreza e seriedade dedicadas ao exercício do magistério. Obrigado, professor Gustavo Justino.

Outra pessoa que contribuiu para o meu ingresso na FADUSP foi a professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti, com incentivo e quase insistência para que eu tentasse a vaga. Ela que é puro afeto e uma referência às mulheres de resiliência e coragem, me aturou alguns anos como assistente na PUC/SP e me ensinou muito não somente sobre Direito, mas sobre a vida.

Também rendo especial gratidão aos meus colegas de orientação Danilo Moraes, Letícia Alencar, Natália Cesário, Natália Souza, Rodrigo Ferro e Thiago Valiati, que foram incansáveis nas reuniões coletivas e contribuíram significativamente com a generosa leitura e discussão sobre o meu projeto. Além da disposição para o debate sobre tema pouco ou nada relacionado às suas pesquisas, os colegas me fizeram importante companhia durante a trajetória do doutorado e certamente farão parte das minhas boas lembranças.

Para encerrar essa primeira etapa de agradecimentos a quem participou do meu ingresso no doutorado, sou grato a outro professor, Alvaro Zanoto, quem me apresentou a língua italiana, me ajudou a ser aprovado no exame de proficiência e me fez companhia durante quase todo o período do doutoramento. Alvaro é um jovem artista docente. Nos identificamos em muitos aspectos, especialmente quanto aos ideais de vida e visão de mundo. Ele é uma pessoa sensível, de muita empatia, solidário, inteligente e extremamente talentoso, como professor e como músico, com a alma tomada de arte. Parece que Alvaro foi colocado no meu caminho como mais uma peça da engrenagem responsável pela minha orientação e acompanhamento no trajeto desta fase da minha vida. *Grazie mille, carissimo professore e amico figo.*

Agora quero me dedicar à família e aos amigos. Prometo me controlar para não me alongar muito.

Obrigado, mãe. Você que é a responsável pela minha vida, pelas minhas fibras e tessituras, pela admiração e afeto que fazem de mim uma pessoa consciente do meu espaço, dos meus limites e potenciais, do respeito, da aceitação e da visibilidade do outro, do cuidado com o semelhante. Não consigo dimensionar em palavras o sentimento de olhar para você e saber que aí tenho sempre um lugar seguro para ficar.

Agradeço a minha família, em especial minha irmã Charyda e meu pai de coração Marco, e os amigos mais íntimos que me ajudaram a passar pela Covid, pelo diagnóstico de uma doença crônica, por problemas de saúde graves de familiares e amigos, pela angústia diante dos novos desafios da vida. Vocês me ajudaram a entender que a vida não é cruel com todos ao mesmo tempo (não é, Deborah Bretas?) e que amar é muito mais do que esperar.

Obrigado, meu querido sobrinho Heitor, pelo sorriso farto, pela alegria pueril, ingênua e espontânea que ao longo dos anos abandona os adultos que deixam de ver as crianças ao seu redor. Você é a esperança renovada de uma humanidade mais fraterna, solidária e amorosa. Sua irmã Giulia, que surgiu para mim como esperança ante de você, confirma que o futuro nos reserva aprendizados e laços consistentes com toda a força natural que nos sustenta. Grato, Giulia, pelo ser humano generoso, atento e iluminado que você é; por me ensinar que nossas decisões não devem passar pela aprovação dos outros.

Agradeço a minha irmã por me presentear com essas duas fontes de luz e por me acolher amorosa e sabiamente nas minhas fraquezas e nas minhas recusas, o que ela faz a partir do aprendizado da convivência com os nossos pais, pessoas da mais genuína doação e amorosidade, que nos transmitiram a estreiteza dos afetos.

Samantha, obrigado por tanta vida e por tanta luta. A nossa intimidade de décadas não impediu que a notícia mais inesperada e desafiadora se abatesse com tamanha consistência sobre mim. Permanecer ao seu lado durante essa batalha, além de nutrir o amor incondicional que sinto por você, permitiu que eu olhasse para a vida com a certeza de que somos muito menores do que pensamos e muito mais do que vivemos. Agradeço a você pelos abraços apertados, pelo olhar confidencial, pelo silêncio eloquente, pelo sorriso comemorativo e aprovador, pela lágrima compreensiva, por nos amarmos tanto.

Elisângela, você é uma referência de valor ao próximo. Obrigado por me sustentar numa só mão e evitar a minha queda. Por enxergar o que há de melhor em mim, apesar das minhas diversas contradições. Por me oferecer a consistência para eu reconhecer o que quero para a vida e os meus propósitos.

Marinella, obrigado pela confiança e por me estender a mão. Pelo empréstimo dos ouvidos e doação do coração. Por ser a tia bastarda do Teddy.

Minhas companheiras do grupo de teatro (sim, eu faço aulas de teatro). Agradeço mais uma professora (minha vida está rodeada de mestres, aliás, a vida de todos nós), Vanise Carneiro, de uma paciência inesgotável e de uma alegria desejável em todo ser humano. Deborah Bretas é uma daquelas pessoas que gostaríamos de ter como amiga, pela sua eloquência, generosidade, amorosidade e esplendor. Obrigado por me acolher e me alimentar com tanta vida. Fúlvia e Melina transpiram talento com as mãos (pelos seus ofícios) e com a alma. Obrigado, meninas, pela companhia. Com a Raquel Papp tive um encontro de almas. Ela é um espírito de luz, com o coração que transborda o seu corpo e uma pureza que envergonha a maldade. Obrigado, Raquel, pela amizade, pelo amor e pela conexão. Fátima Casarini é um dos meus grandes amores. Nos conhecemos em uma viagem e depois nos tornamos parceiros de andanças pelo país e pelo mundo. Sua criatividade é incrível, seu relacionamento com as plantas é apaixonante e seu abraço me protege e acaricia minha alma. Obrigado, Fátima, por permitir que eu seja um dos protagonistas.

Agradeço aos meus amigos e amigas que sempre estão ao meu lado e direta ou indiretamente me apoiam nos desafios. Não gostaria de citá-los nominalmente, mas me arriscarei a mencioná-los: Renata Malpica, Mônica Esposito, Leandra Paladini, Rita Paladini, Lidiane Costa, Mayumi, Wesley Telles (alma gêmea), Ana Odoki, Felipe Boralli e Patrícia Boralli (ela que vibra a cada passo mais ousado e tem um abraço curativo para os momentos de dor). Obrigado.

Aos meus colegas de trabalho, que me inspiram e provocam reflexões que me tiram do lugar de conformismo. Agradeço à Lídia pelo espaço, pela paciência, amizade e incentivo; ao Carlos Balaró, às colegas de equipe Ana Franco e Thais (e à Julia Aquino [valeu pela correria na Secretaria de Saúde!]), e aos companheiros de Comitê de Conduta Lucas Lazzarini, Adrielle, Daniela Rocegalli e Daniela Misiti. Grato pela convivência e pelas trocas.

Àqueles que contribuíram com a minha pesquisa, agradeço nas pessoas de Nacime Salomão, Alice Lopes, Patrícia Werner e Luiz Fernando, que me oferecem material, diálogo e compartilharam comigo uma parte das suas experiências. A participação e colaboração ativa de vocês foi fundamental para ampliação das minhas reflexões e ideias.

Sou grato aos meus amigos, amigas e colegas do IDASAN – Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro, a quem agradeço nas pessoas dos diretores e diretoras que me fazem companhia na diretoria, especialmente José Roberto Pimenta Oliveira, incansável operador do direito e ser humano de inesgotável generosidade, Francisco Zardo, Ana Júlia Vaz de Lima, Marcella Mangullo, Giovani Menicucci e Alice Voronoff.

Por último e mais importante, agradeço ao meu fiel e carinhoso amigo, anjinho peludo de quatro patas, Teddy. Ele que me pede colo e assim me acalma; que exige passeios diários e muita comida, e assim me desperta; que me olha com ternura e confiança e me faz enxergar os valores que nos tornam seres dependentes e integrados ao mesmo sistema; que foi importante companhia durante o isolamento na pandemia e me poupou da solidão absoluta. Na figura dele homenageio e agradeço a natureza, que proporciona a mim a energia e a contemplação das quais preciso para acreditar num futuro melhor.

Obrigado.

Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.

Ricardo Reis

RESUMO

CARDOSO, R. M. C. **O contrato de gestão celebrado com organizações sociais de saúde pelo Estado e pelo Município de São Paulo**. 2022. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Embora a sociedade civil organizada desenvolva suas atividades há séculos, sua relação formal com o poder público somente recebeu tratamento legal há poucas décadas e até os dias de hoje ainda não há estabilidade quanto ao regime jurídico desse relacionamento. Apenas em 2015 o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a Lei nº. 9.637/98, que disciplina a qualificação de organização social e o contrato de gestão no âmbito da União (ADI 1923). Não obstante a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal, a matéria ainda é controvertida no Poder Judiciário, nos Tribunais de Contas e no próprio Poder Executivo, que aplicam ao contrato de gestão diferentes interpretações. Tendo em vista esse estado de coisas, me dediquei à análise dos contratos de gestão que têm como objeto os serviços de saúde no Estado e Município de São Paulo. O mapeamento dos problemas e as proposições podem se aplicar de forma geral aos variados objetos possíveis de serem executados por meio do contrato de gestão. Todavia, a pesquisa teve como foco os serviços de saúde, que impõem diversos desafios. A partir do material coletado foram mapeados diversos problemas, os quais, diante das dificuldades impostas pela pandemia, sobretudo para a pesquisa, do tempo para a conclusão e depósito desta tese e do limite de extensão deste trabalho, visto que a pretensão não é desenvolver um manual para contratos de gestão de saúde, foram reduzidos para aprofundamento nos seguintes temas, todos eles unidos pelo mesmo fio condutor: o controle. A escolha dos temas ocorreu mediante a seleção daqueles que pudessem reunir a maior parte dos problemas, de sorte que fosse enfrentada a maioria dos pontos mapeados, embora concentradamente os seguintes anunciados. São eles: controle a fiscalização; matriz de riscos e responsabilidade contratual; sanções; regras gerais de contratações; contratos em rede e rateio de despesas; proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: Contrato de gestão. Saúde. Organizações sociais. Terceiro setor.

ABSTRACT

CARDOSO, R. M. C. The management contract entered with social health organizations by the State of São Paulo and the São Paulo City. 2022. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Although organized civil society has been carrying out its activities for centuries, its formal relationship with the public power has only received legal treatment for a few decades and to this day there is still no stability regarding the legal regime of this relationship. Only in 2015 did the Supremo Tribunal Federal uphold Law 9.637/98, which regulates the qualification of social organization and the management contract within the scope of the Federal Government (ADI 1923). Despite the binding decision of the Supremo Tribunal Federal, the matter is still controversial in the Judiciary, in the Courts of Auditors and in the Executive Branch itself, which apply different interpretations to the management contract. In view of this situation, I will dedicate myself to the analysis of the management contracts that have as their object the health services in the State and the City of São Paulo. The mapping of problems and propositions can be applied in a general way to the various possible objects to be executed through the management contract. However, the research focused on health services, which pose several challenges. From the material collected, several problems were mapped, which, given the difficulties imposed by the pandemic, especially for research, the time for the conclusion and deposit of this thesis and the limit of extension of this work, since the intention is not to develop a manual for health management contracts, were reduced to deepen the following topics, all of them linked by the same common thread: control. The choice of themes occurred through the selection of those that could bring together most of the problems, so that most of the mapped points were addressed, although the following ones announced were concentrated. They are control the inspection; risk matrix and contractual responsibility; sanctions; general hiring rules; network contracts and apportionment of expenses; personal data protection.

Keywords: Management contract. Health. Social organizations. Third sector.

ASTRATTO

CARDOSO, R. M. C. Il contratto di gestione stipulato con le organizzazioni sociale dallo Stato e dal Comune di San Paolo. 2022. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Sebbene la società civile organizzata svolga le sue attività da secoli, il suo rapporto formale con il potere pubblico ha ricevuto cure legali solo da pochi decenni e ad oggi non c'è ancora stabilità riguardo al regime giuridico di questo rapporto. Solo nel 2015 il Supremo Tribunal Federal ha approvato la legge 9.637/98, che disciplina la qualificazione dell'organizzazione sociale e il contratto di gestione nell'ambito dal governo federale (ADI 1923). Nonostante la decisione vincolante del Supremo Tribunal Federal, la materia è ancora controversa in seno alla Magistratura, alle Corti dei Conti e allo stesso Potere Esecutivo, che applicano interpretazioni diverse al contratto di gestione. In vista di questo stato di cose, mi dedicherò all'analisi dei contratti di gestione che hanno per oggetto i servizi sanitari nello Stato e nel Comune di São Paulo. La mappatura dei problemi e delle proposte può essere applicata in modo generale ai vari possibili oggetti da eseguire attraverso il contratto di gestione. Tuttavia, la ricerca si è concentrata sui servizi sanitari, che pongono diverse sfide. Dal materiale raccolto sono state mappate diverse problematiche, che, viste le difficoltà imposte dalla pandemia, soprattutto per la ricerca, il tempo per la conclusione e il deposito di questa tesi e il limite di estensione di questo lavoro, poiché l'intenzione non è quella di sviluppare un manuale per i contratti di gestione sanitaria, si sono ridotti ad approfondire i seguenti temi, tutti legati dallo stesso filo conduttore: il controllo. La scelta dei temi è avvenuta attraverso la selezione di quelli che potevano riunire la maggior parte dei problemi, in modo che la maggior parte dei punti mappati venissero affrontati, sebbene si concentrassero quelli successivi annunciati. Essi sono: controllare l'ispezione; matrice di rischio e responsabilità contrattuale; sanzioni; regole generali di assunzione; contratti di rete e ripartizione delle spese; protezione dei dati personali.

Parole chiave: Contratto di gestione. Salute. Organizzazioni sociali. Terzo settore.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	22
2 BREVE HISTÓRICO.....	31
2.1 As organizações sociais	34
2.2 Os módulos de cooperação entre o Estado e o terceiro setor.....	40
2.3 O contrato de gestão	46
2.4 Conclusão do capítulo	61
3 O CONTRATO DE GESTÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE	63
3.2 Os contratos de gestão de saúde no Estado de São Paulo	68
3.3 Os contratos de gestão de saúde no Município de São Paulo	71
3.4 Conclusão do capítulo	72
4 MAPEAMENTO DOS PROBLEMAS DOS CONTRATOS DE GESTÃO DE SAÚDE E ANÁLISE CRÍTICA	74
4.1 Natureza dos recursos recebidos pela organização social.....	80
4.2 Controle e fiscalização	82
4.2.1 Os atores do controle e fiscalização.....	84
4.2.2 Estoque normativo do controle	86
4.2.3 Automação do controle.....	88
4.2.4 Indicadores de desempenho e métricas.....	90
4.2.5 Verificador independente, glosas e ultrapassagem das metas.....	96
4.2.6 Autorregulação	99
4.2.7 Transparência	100
4.3 Matriz de riscos e responsabilidade contratual.....	103
4.3.1 Avaliação de impacto regulatório	109
4.4 Sanções	111
4.4.1 Gestão de conflitos	115
4.5 Regras gerais de contratações	118
4.5.1 Capacidade econômico-financeira	120
4.5.2 Estudo de economicidade	123
4.5.3 Critérios de escolha.....	124
4.5.4 Qualificação.....	126
4.5.5 Âmbito de aplicação da lei de regência do contrato de gestão	126
4.6 Rateio de despesas e contratos em rede	129

4.7 Proteção de dados pessoais	134
4.7.1 Lei de acesso à informação.....	137
4.7.1.1 Lei de acesso à informação aplicada às organizações sociais	142
4.7.2 A tecnologia a serviço da saúde.....	145
4.8 Conclusão do capítulo	147
5 ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE NA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO.....	151
5.1 Análise crítica das proposições legislativas	151
5.2 Conclusão do capítulo	158
6 CONCLUSÃO	161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174
ANEXO A – ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO	181
ANEXO B – ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	190
ANEXO C – ANÁLISE DOS CONTRATOS DE GESTÃO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.....	201
ANEXO D – ANÁLISE DOS CONTRATOS DE GESTÃO DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO	206
ANEXO E – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO	210
ANEXO F – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	218
ANEXO G – ENTREVISTAS.....	232
ANEXO H – PROJETOS DE LEI COMPLEMENTAR EM TRAMITAÇÃO NA ALESP.....	249

LISTA DE ABREVIATURAS

ABBC	Associação Brasileira de Bancos
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
<i>AIDS</i>	<i>Acquired Immunodeficiency Syndrome</i>
AIH	Sistema de Autorização de Informação Hospitalar
AIL	Avaliação de Impacto Legislativo
AIR	Análise de Impacto Regulatório
AIS	Ações Integradas de Saúde
ALESP	Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo
AME	Ambulatório de Especialidade
CADIN	Cadastro Informativo
CAF	Comissão de Acompanhamento e Fiscalização
CAISM	Centro de Atenção Integrada à Saúde Mental
CAP	Caixa de Aposentadoria e Pensões
CEAC	Centros Estaduais de Análises Clínicas
CEADIS	Centro de Armazenamento e Distribuição de Insumos de Saúde
CEBAS	Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social
CENEP	Conselho Executivo de Normas-Padrão
CENTS	Cadastro Único das Entidades Parceiras do Terceiro Setor
CFM	Conselho Federal de Medicina
CGCSS	Coordenadoria de Gestão e Contratos de Serviços de Saúde
CIS	Contrato de Impacto Social
CMAP	Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas
CNPJ	Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica
CNSS	Conselho Nacional do Serviço Social
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
COPATS	Coordenação de Parcerias com o Terceiro Setor
COREN	Conselho Regional de Enfermagem
<i>COVID</i>	<i>Corona Virus Disease</i>
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CREFITO	Conselho Regional de Fisioterapia
CREMESP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
CRI	Centro de Referência do Idoso
CROSS	Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DOE	Diário Oficial do Estado
DOM	Diário Oficial do Município
DPTS	Divisão de Gestão de Parcerias Público-Terceiro Setor
EC	Emenda Constitucional
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
ERSAS	Escritórios Regionais de Saúde
FASFIL	Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil
FEBRABAN	Federação Brasileira de Bancos
<i>HIV</i>	<i>Human Immunodeficiency Virus</i>
IA	Sistema de Informação Ambulatorial
IAP	Instituto de Aposentadorias e Pensões
IBROSS	Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde

INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
ISSO	<i>International Organization for Standardization</i>
LAI	Lei de Acesso à Informação
LBA	Legião Brasileira de Assistência
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
LOA	Lei Orçamentária Anual
MARE	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
MOPS	Mapas Estratégicos para Políticas de Cidadania
MROSC	Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil
NHS	<i>National Health Service</i>
ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável
ONA	Organização Nacional de Acreditação
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
OPNE	Organização Pública Não Estatal
OS	Organização Social
OSC	Organização da Sociedade Civil
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
OSS	Organização Social de Saúde
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PLC	Projeto de Lei Complementar
PLS	Projeto de Lei do Senado
PMS	Programa Metropolitano de Saúde
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPA	Programa Plurianual
PPP	Parceria Público Privada
RAIS	Relação Anual de Informações Sociais
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
REMUNE	Relação Municipal de Medicamentos
RIPSA	Rede Interagencial de Informações para a Saúde
SDG	Secretaria Diretoria Geral
SEAE	Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade
SEDI	Serviços de Diagnóstico por Imagem
SES	Secretaria de Estado da Saúde
SFC	Secretaria de Fiscalização e Controle
SIB	<i>Social Impact Bond</i>
SIC	Serviço de Informações ao Cidadão
SMS	Secretaria Municipal de Saúde
SRF	Secretaria da Receita Federal
SS	Secretaria de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TC	Tomada de Contas
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCESP	Tribunal de Contas do Estado de São Paulo
TCM	Tribunal de Contas do Município

TCMSP
TDIC

Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Tecnologia Digital da Informação e Comunicação

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Modelo para análise da legislação	74
Quadro 2 - Modelo para análise do contrato	75
Quadro 3 - Modelo para análise do processo	75
Quadro 4 - Proposta de modelo simplificado de matriz de riscos para contratos de gestão de saúde	107
Quadro 5 - Comparativo entre a lei federal e a lei estadual	127
Quadro 6 - Lei nº. 14.132/2006	181
Quadro 7 - Decreto nº. 52.858/2011.....	183
Quadro 8 - Lei nº. 17.273/2020	187
Quadro 9 - Lei Complementar nº. 846/1998.....	190
Quadro 10 - Decreto nº. 57.108/2011.....	193
Quadro 11 - Decreto nº. 64.056/2018.....	194
Quadro 12 - Decreto nº. 64.367/2019.....	197
Quadro 13 - Resolução SS-107/2019	199
Quadro 14 - Contrato nº 002/07.NTCSS/SMS	201
Quadro 15 - Contrato nº 001/2014	202
Quadro 16 - Contrato nº R025/2021-SMS.G/CPCS	203
Quadro 17 - Contrato 001/0001/002.775/97.....	206
Quadro 18 - Contrato 001.0001.000.456/2006.....	207
Quadro 19 - Contrato SPDOC 382696/2020	208
Quadro 20 - Processo TC 3.236/2009	210
Quadro 21 - Processo TC 1.870/2009	211
Quadro 22 - Processo TC 2.109/2009	211
Quadro 23 - Processo TC 1.811/2009	211
Quadro 24 - Processo TC 3.305/2009	212
Quadro 25 - Processo TC 31/2010	212
Quadro 26 - Processo TC 72/2008	213
Quadro 27 - Processo TC 1.007/2008	214
Quadro 28 - Processo TC 1.191/2007	214
Quadro 29 - Processo TC 2.655/2008	215
Quadro 30 - Processo TC 1.075/2008	216
Quadro 31 - Processo TC 000030/2010	217
Quadro 32 - Processo TC-005171/026/12	218
Quadro 33 - Processo TC-012716/026/05	218
Quadro 34 - Processo TC-021425/026/07	220
Quadro 35 - Processo TC-014757/026/09	220
Quadro 36 - Processo TC-040431/026/13	221
Quadro 37 - Processo TC-020890/026/10	222
Quadro 38 - Processo TC-025593/026/12	223
Quadro 39 - Processo TC-028248/026/14	224
Quadro 40 - Processo TC-042650/026/14	225
Quadro 41 - Processo TC-026326/026/16	227
Quadro 42 - Processo TC-019272.989.18-7	227
Quadro 43 - Processo TC-017618.989.19-8	229
Quadro 44 - Processo TC-001525.989.19-0	229
Quadro 45 - Processo TC-001190.989.18-6	230
Quadro 46 - Processo TC-037899/026/11	230
Quadro 47 - Processo TC-010947.989.17-4	230

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - indicadores de desempenho do contrato de gestão 001.0001.000.456/2006.....90

1 INTRODUÇÃO

Quando escolhi o tema deste trabalho não tinha a menor ideia de que 2019 seria o início da pior crise sanitária dos últimos séculos e que a saúde pública se tornaria a protagonista de todas as atenções, em falsa disputa com outra personagem do cenário assombroso que demora para dar sinais de despedida, a economia.

Até a qualificação, o objeto e a pergunta principal da minha pesquisa eram: o contrato de gestão celebrado com organizações sociais é um tipo de contrato administrativo? Na hipótese de resposta positiva, o objetivo era o enfrentamento dos efeitos que o reconhecimento como tipo de contrato administrativo implicaria ao contrato de gestão e a reflexão sobre os aprimoramentos necessários ao modelo, com foco nos contratos cujo objeto é a realização de serviços e atividades de saúde.

Realizado o exame de qualificação e absorvidas as ponderações da banca examinadora, sobretudo do meu orientador, decidi direcionar este trabalho exclusivamente para a experiência prática e me dedicar à análise das deficiências do módulo convencional eleito, sem ocupar precioso tempo com a discussão teórica a respeito da sua posição enquanto contrato administrativo. Portanto, partirei da premissa, devidamente explicada na primeira parte desta tese, de que o contrato de gestão é um tipo de contrato administrativo, para então me dedicar às problemáticas a respeito da sua concepção e execução, o que, em linhas gerais, não se relaciona direta ou exclusivamente com a celeuma relativa à sua classificação.

O terceiro setor está presente na vida dos brasileiros desde a invasão ou a chegada as embarcações portuguesas e europeias no país e desempenha participação importante na garantia dos direitos sociais, com papel fundamental junto ao Estado na oferta de serviços para que os cidadãos usufruam desses direitos.

Embora a sociedade civil organizada desenvolva suas atividades há séculos, sua relação formal com o poder público somente recebeu tratamento legal há poucas décadas e até os dias de hoje ainda não há estabilidade quanto ao regime natureza jurídico desse relacionamento. Apenas em 2015 o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a Lei nº. 9.637/98, que disciplina a qualificação de organização social e o contrato de gestão no âmbito da União (ADI 1923)¹.

¹ Em 2007 o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou constitucional a Lei Municipal nº 14.132/2006 (ADI 130.726-0/7-00 – 9028506-23.2006.8.26.0000). Considerou que a lei prevê valioso instrumento de democracia participativa.

Não obstante a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal, a matéria ainda é controvertida no Poder Judiciário, nos Tribunais de Contas e no próprio Poder Executivo, que aplicam ao contrato de gestão diferentes interpretações.

Me dedicarei à análise dos contratos de gestão que têm como objeto os serviços de saúde no Estado e Município de São Paulo. O mapeamento dos problemas e as proposições podem se aplicar de forma geral aos variados objetos possíveis de serem executados por meio do contrato de gestão; todavia, a pesquisa teve como foco os serviços de saúde, que impõem diversos desafios. Registro, a propósito, que escrevo esse trabalho no auge e durante a mais grave crise sanitária da história recente (pandemia por COVID-19) que atinge principalmente o sistema de saúde e o conduz próximo ao colapso em diversos países. No Brasil, uma das soluções encontradas pelo Estado e Município de São Paulo foi a construção de hospitais de campanha (Anhembi e Pacaembu, por exemplo), estruturas temporárias que abrigam leitos para o atendimento de casos diagnosticados do novo coronavírus, os quais foram conduzidos por organizações sociais². Esse triste episódio da história confirma a importância do tema e me impulsionou com ainda maior vigor para a pesquisa, em busca de contribuições relevantes para área tão combatida.

Dito isso, o objeto da pesquisa e a pergunta principal passaram a ser: há deficiências que impedem o contrato de gestão de saúde de cumprir suas finalidades legais e institucionais? A hipótese é de que há lacunas não preenchidas ou mal resolvidas no que diz respeito à construção do modelo jurídico do contrato de gestão e dos seus mecanismos de execução e fiscalização, e um vasto campo de aprimoramento que pode extrair desse módulo convencional todos os frutos projetados quando da sua introdução no sistema jurídico brasileiro.

Para responder à pergunta e confirmar a hipótese o método utilizado para a construção deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica de fontes secundárias contidas nas doutrinas gerais e especializadas, nacionais e estrangeiras, inclusive de periódicos e artigos que apresentam análise crítica sobre o objeto proposto, bem como por meio da análise e interpretação dos textos legislativos e constitucionais, detidamente sobre as leis e respectivos regulamentos do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº. 846/98) e do Município de São Paulo (Lei nº. 14.132/2006), dos contratos de gestão celebrados pelos referidos entes e dos julgados dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo. O exame da legislação foi dividido em três eixos: 1. Disposições sobre a qualificação; 2. Disposições sobre

² <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/03/26/associacao-paulista-da-medicina-vai-contratar-1200-profissionais-para-hospital-de-campanha-do-anhembi.ghtml>>. Acesso em 04/04/2020.

o processo de contratação; 3. Disposições sobre o conteúdo e os efeitos do contrato. Também foram objeto de análise, por amostragem, dos respectivos contratos de gestão da área de saúde celebrados com fundamento nas mencionadas leis. A análise dos contratos de gestão foi assim sistematizada: a) análise das cláusulas relativas às obrigações das partes; b) verificação das disposições financeiras para investigação se existe retribuição ao serviço e sob qual forma; c) investigação das previsões atinentes às sanções para constatação da verticalidade ou horizontalidade da relação e eventual excesso de unilateralidade; d) exame das disposições a respeito dos efeitos futuros do contrato, especialmente pós término da vigência, em vista da continuidade do objeto contratado (serviço de saúde), com atenção à responsabilidade civil e patrimonial; e) análise da existência de arranjo sobre os riscos e o formato da eventual matriz; f) análise das disposições referentes ao controle e fiscalização, especialmente no que tange ao acompanhamento de metas e indicadores. Por fim, o exame dos julgados se operou mediante a análise da decisão, do assunto e das principais conclusões. Tudo isso está mais bem explicado no capítulo 4.

Desde logo ressalvo que partirei de algumas premissas teóricas, haja vista que o intuito deste trabalho não é o de tratar com profundidade certas questões exclusivamente vinculadas à teoria. O interesse desta pesquisa é verificar a modelagem concebida pela legislação, desde a Reforma do Estado, e o que precisa ser feito para que a finalidade e conceito legal se tornem realidade, por meio majoritariamente do aprimoramento dos contratos de gestão atualmente manejados pelo Estado e pelo Município de São Paulo.

A primeira reflexão, que se desdobra em algumas deficiências do módulo, se refere aos recursos financeiros recebidos pela organização social, não tratados como recursos privados, embora sujeitos ao controle. Minha hipótese é a de que a natureza pública dos recursos financeiros se encerra no momento da transferência à organização social, o que não significa que ela deixe de estar obrigada ao dever de prestar contas. A partir de então o controle deve ser voltado à avaliação dos resultados e não à formalidade majoritariamente burocrática. Para tanto é necessária construção planejada e séria do plano de trabalho do contrato de gestão, onde estejam devidamente contemplados indicadores de desempenho e mecanismos de avaliação de performance, inclusive com tratamento sobre a participação do poder público no cumprimento e descumprimento das metas. Hoje os contratos de gestão passam longe da lógica da sustentabilidade e ainda estão distantes dos mecanismos dialógicos³.

³ Pretendo amadurecer neste trabalho a proposta de Marcos Augusto Perez, concentrada em três aspectos essenciais que deveriam constar dos contratos de gestão: a inclusão de indicadores de desempenho, de verificadores independentes e a criação de um sistema de sanções por ajustamento de conduta e rompimento. PEREZ, Marcos

Esses fatores repercutem diretamente no controle e na fiscalização, ainda voltados à formalidade e concentrados na avaliação de despesas, e pouco direcionados à análise dos resultados, especialmente do atendimento e satisfação do usuário e da aderência à política pública objeto do contrato de gestão de saúde.

A disciplina sancionatória aplicada a esse tipo de módulo, na ausência de previsão a respeito na legislação que o disciplina, geralmente é aquela determinada pela lei de licitações e contratos administrativos, não pensada para a espécie de relacionamento desenvolvida entre o poder público e a organização social. Não faz sentido a aplicação dos critérios para seleção da organização social, tal como o índice de liquidez, as soluções das questões contratuais, bem como o modelo de sanção previstos na lei de licitações ao contrato de gestão, na medida em que os efeitos atingirão diretamente os usuários do serviço objeto do módulo. Além disso, o poder público não é mero expectador da execução do contrato, dele participa ativamente, ao passo que continua com a batuta do serviço público, razão pela qual a aplicação de sanções, sem sofisticação quanto às suas hipóteses e cabimento e diferenciação entre sanção contratual e sanção administrativa, sobretudo quando se trata de descumprimento de metas e indicadores, é incompatível com o modelo jurídico dos contratos de gestão.

Nos Tribunais de Contas, embora em sua grande maioria prevaleça a equiparação, ainda que velada, do contrato de gestão ao convênio, malgrado seja disciplinado por diploma normativo especial, há confusão e pouco critério e metodologia quanto à incidência da Lei nº. 8.666/93 e futuramente quanto à aplicação daquela que a substituirá, a Lei nº. 14.133/2021. O mesmo ocorre na administração pública. O poder público contratante não trata dessa relação em conformidade com o arcabouço legal que disciplina o módulo e deixa de usufruir do seu potencial, na medida em que considera o contrato de gestão simplesmente prestação de serviços nos moldes da lei de licitações e impõe todos os riscos à organização social, embora não a remunere.

O tratamento como convênio também indica tentativa de fuga da delegação (como o fez o Supremo Tribunal Federal na ADI 1923), na medida em que o módulo convencional seria o mais adequado por refletir a suposta inexistência de interesses contrapostos e para escapar à crítica de que o Estado não poderia transferir a execução de um serviço público por meio de contrato de gestão.

Augusto. *Contratos com Organizações Sociais no setor de saúde precisam de mudanças*. Consultor Jurídico, 27 de maio de 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-27/marcos-perez-contratos-saude-mudancas>>. Acesso em 04/07/2020.

O movimento de negação do contexto especial onde está inserido o contrato de gestão acarreta outros males, como a ausência de tratamento quanto à responsabilidade contratual e extracontratual, para o qual se aplica raciocínio semelhante àquele já mencionado quanto às sanções, haja vista a participação ativa do poder público no que denomino de cogestão. Esse problema é acentuado no término do contrato de gestão, já que todo o passivo das atividades objeto deste contrato é registrado em nome da organização social; todavia, após o encerramento do módulo, ela não receberá mais os recursos financeiros destinados à execução do contrato, de modo que, na prática, ela fica responsável por todo o risco da atividade pública.

Outras problemáticas a respeito dos desdobramentos do contrato de gestão de saúde dizem respeito à omissão de matriz de riscos para alocação das responsabilidades de cada partícipe, sobretudo tendo em consideração a ausência de remuneração da organização social; à insuficiência do aparato regulatório, o que se reflete na deficiência do controle, uma vez que não há diretrizes unificadas a respeito da atividade fiscalizatória, que deve ir além da simples conferência formal; à interferência do poder público na composição dos órgãos intestinos da organização social, o que rivaliza, como já dito, com a atual sistemática de sanção e responsabilidades; ao tratamento referente às contratações da organização social para operacionalização da execução do contrato, como processos de contratações e remuneração dos empregados, o que provoca reflexão a respeito do *compliance* no terceiro setor; às questões atinentes à proteção de dados pessoais; e às boas práticas, como a possibilidade de rateio de custos indiretos (concentração corporativa de serviços) e contratos em rede.

O desenvolvimento deste trabalho é voltado ao interesse técnico e científico de conciliar a realidade que existe e não pode ser negada – a atuação pujante do terceiro setor por meio dos contratos de gestão, especialmente na área da saúde⁴ – às normas de direito público, tendo em conta as ferramentas já dispostas no próprio arranjo do direito administrativo, sem perder de vista as peculiaridades da natureza desse segmento (não estatal), que não pode ser ignorada, sob pena de deturpação do próprio interesse público. Minha motivação, portanto, é desprovida de captura ideológica e reside na intenção científico-acadêmica de contribuir para a pacificação do tratamento dessa nova modalidade de contratação, notadamente porque o julgamento da ADI 1923 pelo Supremo Tribunal Federal foi um aval tardio e incompleto ao modelo inaugurado em 1998 pela Lei Federal nº. 9.637⁵, cuja utilidade não avança muito além

⁴ Hoje as organizações sociais de saúde gerenciam uma parcela importante de leitos do SUS, no total de mais de 15 mil leitos, nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Distrito Federal, Goiás, Minas Gerais, Bahia, Pernambuco e Ceará (www.ibroos.org.br. Acesso em 10/06/2020).

⁵ Em 2017, o governo federal publicou o Decreto nº. 9.190, que regulamentou o disposto no art. 20 da Lei nº. 9.637/1998.

da dissipação da nuvem de inconstitucionalidade que rondava o contrato de gestão e era defendida por acalorados debates ideológicos.

Tampouco pretendo romantizar a atuação das organizações que compõem o terceiro setor. O objetivo é olhar para elas como realmente são, de acordo com o arcabouço jurídico que as disciplina, e diagnosticar os problemas do módulo convencional que as vincula ao poder público, tendo em vista a análise da prática manifestada por meio dos contratos de gestão que têm como objeto serviços de saúde.

Grande parte dos dilemas do contrato de gestão já anunciados sucintamente aqui está localizada na qualidade de uma das suas partes, a organização social (associação ou fundação). Os esforços se concentram na tentativa de afastá-la do modelo econômico tradicional, que tem o lucro como um dos seus objetivos, e ao mesmo tempo na luta para distanciá-la do setor estatal, concentradamente público. Essa dicotomia limita a compreensão das relações mantidas entre o terceiro setor e o poder público, como se os vínculos jurídicos que regem esse relacionamento sempre devessem se equilibrar entre o público e o privado, o que resultaria num modelo próprio, diferente de ambos.

Além de distorcer a realidade, essa bipolaridade cria problemas e impede que a solução já posta pelo ordenamento jurídico resolva os conflitos que naturalmente surgem em decorrência das peculiaridades do setor, mas que não demandam a criação de estruturas e instrumentais híbridos ou, pior ainda, a invenção de rótulos para objeto disciplinado por legislação especial.

Há um fato superveniente à promulgação da legislação que rege o contrato de gestão que expõe a premente necessidade de novas luzes sobre a matéria: a promulgação da Lei nº. 13.019/2014 (vulgarmente conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC), a qual eliminou a figura do convênio com a sociedade civil organizada, exceto na área da saúde (o que ocorreu após equívoco legislativo, corrigido pela alteração promovida pela Lei nº. 13.204/2015, em vista da previsão constitucional contida no art. 199, §1º) e excluiu do seu âmbito de abrangência os contratos de gestão. Para aqueles que defendem a estrutura convencional do contrato de gestão, a nova legislação não tem ressonância com esse argumento, já que essa figura foi eliminada. Para os que argumentam em favor da qualidade especial de parceria⁶, a legislação também não lhes serve de amparo, na medida em que, ao se apresentar como marco regulatório do terceiro setor, deixou de fora o contrato de gestão.

⁶ Parceria pode ser entendida como gênero que designa as várias formas de colaboração entre o poder público e a iniciativa privada para satisfação de interesses públicos. A parceria especial seria aquela voltada ao âmbito social, que se distancia da natureza econômica. Malgrado este entendimento, independentemente do viés lucrativo, todos

Não cuidarei aqui dos outros módulos celebrados com a iniciativa privada desprovida de finalidade lucrativa, reunidos hoje na mencionada Lei nº. 13.019/2014, além dos termos de parceria previstos na Lei nº. 9.790/99. Interessa a este estudo exclusivamente o contrato de gestão celebrado com organizações sociais de saúde, modalidade esta que preserva suas peculiaridades distantes do novo marco legal.

Também ressalvo que o contrato de gestão aqui tratado é aquele celebrado entre o Estado e uma organização social de saúde. Não se confunde com o contrato de gestão celebrado entre a administração pública e seus respectivos órgãos, nos termos do art. 37, §8º da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº. 13.934/2019.

Ainda quanto aos esclarecimentos introdutórios, considero o contrato de gestão como um tipo de contrato administrativo por entender como padrão aquele formatado originalmente pela Lei nº. 8.666/93 e no futuro próximo pela Lei nº.14.133/2021, que contém normas gerais e, portanto, não trata de todos os diversos contratos que a administração pública pode celebrar. Exemplo de contratos administrativos atípicos podem ser citados aos montes, como os contratos de parceria público-privada, os contratos de concessão, os contratos de eficiência etc.

O objeto deste trabalho, como é possível perceber a partir deste introito, gera incerteza, e foi objeto de duas Comissões Parlamentares de Inquérito da Assembleia Legislativa de São Paulo⁷ (Ato nº. 02/2018 e Ato nº. 05/2020, esta última com a finalidade de apurar irregularidades nos contratos de quarterização⁸ praticados nos convênios, parcerias, contratos de gestão e outros ajustes firmados pelo Governo do Estado de São Paulo com o terceiro setor), cujos relatórios finais propõem projetos de lei que, embora contenham poucas previsões alvissareiras (a análise dos projetos de lei é objeto do item 4 deste trabalho), não resolvem alguns dos problemas que serão expostos no capítulo 3, apenas inserem questões pontuais e discutíveis no modelo vigente, assim como o faz o projeto de lei em trâmite no Senado Federal (PLS 427/2017), de autoria do senador José Serra, que prevê, por exemplo, a realização de

os módulos cooperativos resultam em parcerias, inclusive o convênio, razão pela qual entendo não haver diferença, ao menos conceitualmente, entre parceria especial e convênio.

⁷ <https://www.al.sp.gov.br/alesp/cpi/?idComissao=100000225> e <https://www.al.sp.gov.br/comissao/cpi/?idComissao=100000060>. Acesso em 10/04/2021.

⁸ A quarterização seria, pelo menos na visão dos deputados estaduais, a transferência, pela organização social (terceirizada) da atividade-fim do contrato de gestão. Essa concepção nasce a partir da consideração de que o contrato de gestão seria uma terceirização, de modo que os contratos celebrados pela organização social com terceiros seriam quarterização.

convocação pública; a criação de teto remuneratório; as regras para rescisão dos contratos e a punição das entidades envolvidas em atos ilícitos⁹.

Diante de toda a celeuma em relação ao contrato de gestão, urge nova reflexão sobre a percepção das implicações da incoerência ou disparidade entre os diplomas que disciplinam essa relação, como forma de contribuir para uma resolução equitativa.

Por fim, apresento o resumo dos capítulos desta tese.

O capítulo 1 se refere à introdução.

O capítulo 2 tratará sobre o histórico do terceiro setor, com explicação a respeito da origem desse segmento, bem como da participação dele ao longo dos anos na execução de serviços de relevância pública. Nesse capítulo abordarei também os módulos de cooperação que regulam a relação do Estado com o terceiro setor, assim como as novas modalidades de arranjo, inclusive aquelas que reúnem os três setores.

O terceiro capítulo avança no tema da tese, que é o contrato de gestão celebrado com organização social cujo objeto seja serviço de saúde. Aqui abordarei o panorama dos contratos de gestão celebrados pelo Estado e pelo Município de São Paulo.

No capítulo seguinte, quarto, tratarei sobre o acervo criado por esses contratos no que diz respeito às práticas consolidadas ao longo dos anos, bem como sobre os problemas diagnosticados, especialmente no tocante às deficiências e lacunas dos contratos de gestão.

O quinto capítulo encerra o trabalho com a análise prospectiva dos projetos de lei complementar em trâmite na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo que visam alterar a lei paulista sobre contratos de gestão (não localizei projetos de lei com igual intento na Câmara Municipal de São Paulo), com indicações de possíveis caminhos para o aprimoramento do módulo convencional estudado.

⁹ Dentre os temas inseridos no projeto de lei, estão: a) incorporação do acórdão proferido na ADI 1.923 como, por exemplo, requisitos para os processos de qualificação de entidade e de seleção de OS; b) previsão de avaliação externa por entidade acreditadora, certificadora ou de auditoria, para comprovação de boas práticas de gestão e transparência; c) exclusão da obrigatoriedade de transferência para outra entidade de patrimônio anterior à celebração do contrato de gestão ou não vinculado ao contrato de gestão; d) previsão de que leis estaduais, distrital e municipais possam estabelecer composições distintas do conselho de administração da OS; e) previsão de que a remuneração dos dirigentes observe valores praticados pelo mercado; f) não incidência das despesas com pessoal da OS no limite da LRF; g) aperfeiçoamento nas características do contrato de gestão, como, por exemplo, prazo de vigência de 20 anos para o contrato de gestão e previsão de reserva técnica; h) faculdade de celebrar mais de um contrato de gestão com cada OS; i) previsão de rateio de despesas corporativas; j) regras sobre penhorabilidade de bens e valores; k) vedação de celebração de contrato de gestão com entidades inidôneas; l) regras sobre o processo de rescisão, encerramento e sucessão do contrato de gestão; e, aqui é importante para o nosso estudo, m) explicitação que a natureza do contrato de gestão é diversa dos contratos administrativos de correntes da legislação de licitações e contratos pública, não se aplicando, nem de forma supletiva ou subsidiária. Não me dedicarei à análise do projeto de lei federal, apenas aos projetos de lei complementar estaduais. O cito aqui somente para efeito informativo.

A matéria aqui debatida não é nova, já que data de mais de duas décadas, o que, todavia, não torna o tema deste trabalho requentado, pelo contrário, este estudo demonstra que o histórico de operação do módulo pesquisado apresenta fissuras e carece de aprimoramentos.

Minha contribuição para a ciência jurídica reside no esforço de proporcionar segurança às partes contratantes (terceiro setor e poder público) e também aos beneficiários das atividades desenvolvidas no bojo dos contratos de gestão, notadamente no âmbito daqueles que têm como objetivo, de acordo com o recorte desta tese, os serviços públicos de saúde, importante ferramenta à disposição do Sistema Único de Saúde, serviço público de universalidade não encontrada em outro lugar do mundo.

2 BREVE HISTÓRICO

O terceiro setor é composto pela sociedade civil organizada constituída sob a forma de pessoas jurídicas (associações, fundações ou cooperativas sociais)¹⁰. Tem como finalidade ações sociais, sem objetivo lucrativo, destinadas às atividades de relevância pública, embora não vinculadas à administração pública, dentre as quais algumas dessas atividades podem também estar inseridas no domínio econômico.

É possível afirmar que, no Brasil, as Santas Casas foram o embrião do terceiro setor. Surgiram logo após a invasão ou a chegada das embarcações portuguesas e europeias e precederam a própria organização jurídica do Estado brasileiro, criado pela Constituição Imperial, de 25 de março de 1824. Até este ano já haviam sido fundadas as Santas Casas de Santos (1543); Salvador (1549); Rio de Janeiro (1567); Vitória (1818); São Paulo (1599); João Pessoa (1602); Belém (1619); São Luís (1657), Campos (1792) e Porto Alegre (1803)¹¹.

As Santas Casas foram criadas para se dedicarem ao atendimento aos enfermos e, em alguns casos, ao amparo à velhice, à criança, aos hansenianos e à educação. Se anteciparam às atividades estatais de assistência social e à saúde, e foram as responsáveis pela criação de alguns dos primeiros cursos de medicina e enfermagem, como é o caso daquelas fundadas na Bahia, São Paulo, Rio de Janeiro, Vitória e Porto Alegre.

A atuação dessas instituições era – e ainda é, ao menos parcialmente – financiada por doações da comunidade e apresentou duas fases: a primeira compreendeu o período de meados do século XVIII até 1837, de natureza caritativa; e a segunda, no período de 1838 a 1940, de natureza filantrópica, apresentava ocupação mais orientativa do que somente material.

A política social somente foi introduzida como função do Estado nos anos de 1930 e 1943. A partir do Movimento de 1930, que culminou na assunção de Getúlio Vargas ao governo, iniciou-se o processo de regulamentação das relações de trabalho no país, cujo

¹⁰ Utilizo o conceito de terceiro setor apresentado por Sílvio Luís Ferreira da Rocha: “os entes que o integram são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público” (Terceiro Setor. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 15), sem ignorar a posição de outros autores como FRANCO, Augusto de. *A questão do fim público das organizações do terceiro setor*. In: Relatório sobre o desenvolvimento humano no Brasil. São Paulo: PNUD/IPEA, 1997; FERRAREZI, Elisabete. *OSCIP: Saiba o que são organizações da sociedade civil de interesse público*. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002; MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor – Regulação no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2003; NUNES, Andréa. *Terceiro setor – Fiscalização e outras formas de controle*. Recife: Nossa Livraria, 2002.

¹¹ A história de misericórdia das Santas Casas. Disponível em:

<<https://www.cmb.org.br/cmb/index.php/institucional/quem-somos/historico>>. Autor não informado. Acesso em 04/07/2020.

objetivo principal era transformar a luta de classes em colaboração de classes, que na verdade foi considerada uma estratégia legalista de interferência autoritária, ainda que via legislação, a fim de se evitar conflitos sociais.

Em 1930 foi criado o Ministério do Trabalho e em 1932 a carteira de trabalho, que passou a ser o documento da cidadania no Brasil, uma vez que alguns direitos eram garantidos somente àqueles que dispunham do emprego registrado em carteira. Também foi criado o IAP (Instituto de Aposentadorias e Pensões) e expandido o sistema público de previdência, iniciado com a Caixa de Aposentadoria e Pensões (CAP), que cobria riscos ligados à perda da capacidade laborativa (velhice, morte, invalidez e doença), nas categorias estratégicas de trabalhadores, mas com planos pouco uniformizados e orientados pela lógica contributiva do seguro.

No mesmo ano foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, bem como o Conselho Nacional de Educação e o Conselho Consultivo do Ensino Comercial. Até então não existia uma política nacional de saúde. A intervenção efetiva do Estado se iniciou por dois eixos: a saúde pública (restrita a campanhas sanitárias) e a medicina previdenciária (ligada ao IAP, para as categorias que tinham acesso a ele)¹².

Até os anos 1930 a assistência social foi desenvolvida pelo terceiro setor (Santas Casas majoritariamente) e a partir dessa década passou a ser exercida pelo Estado e paralelamente também pelo terceiro setor. Somente a partir de 1966 iniciou-se a fase de atendimento e de participação direta nas políticas públicas pelo terceiro setor.

Nesse período surgiu a Lei nº. 91/1935 (revogada pela Lei nº. 13.204/2005, que introduziu alterações na Lei nº. 13.019/2014) e instituiu a conhecida declaração de utilidade pública, título outorgado pelo governo federal às entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado constituídas no país, que não remunerassem seus dirigentes, estivessem em efetivo funcionamento e servissem desinteressadamente à coletividade.

Em 1938 foi criado o Conselho Nacional do Serviço Social (CNSS), que estabeleceu aliança entre o Estado e as entidades prestadoras de serviços de interesse público nas áreas da assistência social, saúde e educação¹³. Originariamente vinculado ao Ministério da Educação e da Saúde, o CNSS tinha como atribuições a regulamentação da assistência social no país, aí incluídas educação e saúde, bem como a avaliação de pedidos de subvenções, para posterior aprovação pelo Ministério e homologação pela Presidência da República.

¹² BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 104.

¹³ Decreto-lei nº. 525/1938.

Em 1942 foi criada a Legião Brasileira de Assistência (LBA), com o objetivo de prestar serviços de assistência social¹⁴. Foram instituídos também nesse período os serviços sociais autônomos, pessoas jurídicas de direito privado, mantidas por contribuições sociais e dotação orçamentária, com o objetivo de prestar educação profissional e assistência aos cidadãos vinculados ao setor produtivo.

O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) tinha a finalidade de prestar atendimento médico aos que contribuía com a previdência social, grupo esse concentrado nos empregados formais, com carteira assinada. O INAMPS dispunha de estabelecimentos próprios, os quais não eram suficientes para acolher a demanda. Por isso, a maior parte do atendimento era realizada pela iniciativa privada, quando se iniciaram os convênios que estabeleciam a remuneração por procedimento.

A Constituição Federal de 1988 se preocupou em assegurar o exercício dos direitos sociais como um de seus valores supremos. Introduziu o Sistema Único de Saúde (SUS) e o compartilhamento de responsabilidades também na área da saúde, a partir de quando o terceiro setor ingressou formalmente no modelo de assistência com participação efetiva no atendimento e na contribuição na formulação de políticas públicas de saúde, e se tornou formalmente parte integrante e essencial do sistema.

A saúde foi objeto de muito interesse no ano de 2020, não somente em razão da pandemia. No final de outubro de 2020 o Decreto Federal nº. 10.530, de 26 de outubro de 2020, revogado pelo Decreto nº. 10.533, de 28 de outubro de 2020, após movimento “em defesa do SUS”, provocou intenso debate, mas pouco capitalizado e de baixa profundidade¹⁵. Muito se disse a respeito da suposta privatização do SUS – Sistema Único de Saúde.

O SUS está garantido na Constituição Federal, foi inaugurado por ela, e tem histórico de êxito. Os números demonstram produção gigantesca; o Brasil é o país que mais

¹⁴ Lei nº. 4.830/1942.

¹⁵ “Art. 1º Fica qualificada, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - PPI, a política de fomento ao setor de atenção primária à saúde, para fins de elaboração de estudos de alternativas de parcerias com a iniciativa privada para a construção, a modernização e a operação de Unidades Básicas de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Os estudos de que trata o caput terão a finalidade inicial de estruturação de projetos pilotos, cuja seleção será estabelecida em ato da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos do Ministério da Economia”. Após a publicação do Decreto, foram diversos os atos divulgados em suposta defesa do SUS, todos capturados por discussão política e pouca densidade teórica e prática. Só para citar alguns: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1434-cns-critica-decreto-de-privatizacao-do-sus-durante-debate-sobre-cooperacao-internacional-na-saude-publica>; <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/opiniao/em-defesa-do-sus-e-pelo-fortalecimento-da-atencao-primaria-a-saude-artigo-de-gulnar-azevedo-e-silva/53655/>; <http://www.cofen.gov.br/cofen-publica-nota-oficial-sobre-decreto-10-530-83085.html>; <https://folhadirigida.com.br/concursos/noticias/economia-e-politica-concurso-privatizacao-do-sus-bolsonaro>.

vacina no mundo; os atendimentos do programa saúde da família é o maior do planeta; há mais de 40 mil unidades básicas Brasil afora.

Permeia a vida de todos os cidadãos brasileiros, inclusive daqueles que se utilizam dos serviços privados. O sistema público é o responsável, por exemplo, pelos transplantes, pelos bancos de sangue e pelo tratamento do HIV. Em caso de emergência, é acionado o resgate do sistema público.

Passou ao largo da maioria das discussões que a contratualização com a iniciativa privada já ocorre há muito tempo e que o serviço público de saúde, embora de responsabilidade do Estado, não é executado de forma exclusiva e privativa por ele.

Uma das formas de contratualização eleitas pelo Estado brasileiro foi o contrato de gestão, objeto deste trabalho, e os diversos módulos celebrados com o terceiro setor.

2.1 As organizações sociais

Feito o breve histórico a respeito do tema, avançarei agora para o sucinto histórico das organizações sociais, integrantes do chamado terceiro setor, instituições que recebem o título de organizações sociais e celebrar contrato de gestão com o poder público para cooperação com a atividade estatal.

A ampliação e a concentração de atividades administrativas nas mãos do Estado, notadamente após a segunda guerra mundial, acarretaram a hipertrofia do aparato estatal. Em sua organização administrativa o Estado passou a contar com as empresas estatais, criadas para prestação de serviços públicos e para o exercício de atividades econômicas, além de estabelecer relações com concessionários que passaram a prestar serviços públicos por meio de contratos de concessão.

O crescimento do Estado e o inchaço da sua máquina administrativa levaram à ineficiência e à dificuldade de otimização das atividades administrativas. A partir da década de 1980 diversos países iniciaram movimento de ajuste fiscal e de privatizações, com destaque para a Grã-Bretanha, Estados Unidos e Nova Zelândia.

A desestatização é uma ação que decorre também de fatores inevitáveis da vida em sociedade, como por exemplo a crise. Em tempos de crise as pessoas deixam de matricular seus filhos nas escolas privadas, não pagam planos de saúde, vendem o automóvel, passam a se

socorrer, portanto, das escolas, dos hospitais e do transporte públicos¹⁶. O Estado precisa estar preparado para esse cenário, inclusive para lidar com as exigências da população acostumada aos serviços privados, que passa a demandar mais qualidade do serviço público¹⁷. Diante desse cenário provável, a desestatização tem como objetivo preparar o aparato estatal para enfrentar a dinâmica da demanda, o que passou a ser feito mediante novas técnicas contratuais¹⁸.

No Brasil, a reformulação do papel e do tamanho do Estado foi implementada na década de 1990, por meio de alterações legislativas importantes que liberalizaram a economia e efetivaram a desestatização. No âmbito constitucional as Emendas Constitucionais nº. 6/95 e 7/95 abriram a economia para o capital estrangeiro, enquanto as Emendas Constitucionais nº. 5/95, 8/95 e 9/95 atenuaram os monopólios estatais. Nesse período, foi instituído o Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Lei nº. 8.031/90, substituída posteriormente pela Lei nº. 9.491/97.

O aparelho estatal foi reduzido e a administração pública burocrática foi substituída pela administração pública gerencial ou administração pública de resultados, a partir da reforma administrativa instituída pela EC nº. 19/98¹⁹. Enquanto a administração pública burocrática se

¹⁶ A taxa de cobertura de planos de saúde no Brasil era de 25% em fevereiro de 2020. Ou seja, 76% da população é dependente do Sistema Único de Saúde (SUS). Em alguns estados, a cobertura de saúde suplementar é ainda menor, como no Acre, 5,5%; e em Roraima, 6,2%. Desigualdade que envergonha: crise da Covid-19 ampliará problemas sociais - entrevista Adriana Schier. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/desigualdade-que-envergonha-crise-da-covid-19-ampliará-problemas-sociais-entrevista-adriana-schier>>. Acesso em 21/04/2020.

¹⁷ Sobre os efeitos da comercialização da vida social e os seus reflexos nas relações entre o fornecimento de bens pelo Estado e o fornecimento de bens pelo mercado, e, ainda, a propósito do que mudou na relação entre os cidadãos e os Estados no que resta da esfera pública, inclusive da própria política, veja: STREECK, Wolfgang. O cidadão como consumidor. Considerações sobre a invasão da política pelo mercado. Revista Piauí, n. 79, 2013.

¹⁸ Gabardo (2009) considera que o efeito da descentralização em nada democratiza a atividade; pelo contrário, reduz fortemente a possibilidade de se efetivar qualquer forma de organização autônoma que consiga representar de forma legítima os interesses dos grupos sociais precarizados no contexto político social. Segundo o autor, é coerente com a realidade brasileira a negação de direitos sociais mediante a sua pseudo atribuição a entidades privadas, que não raras vezes carecem de infraestrutura para a realização do serviço, não possuem expertise suficiente ou prestam o serviço com objetivos que não são aqueles identificáveis no espírito do Estado social plasmado na Constituição Federal (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 147). Embora concorde com as possibilidades aventadas pelo autor, entendo que elas não são necessariamente consequências da nova forma de atuação do poder público. Ao contrário, por meio da construção dos novos módulos é possível que o Estado se previna dos mencionados efeitos e consiga obter melhor prestação do que aquela executada por ele mesmo. É o que pretendo demonstrar neste trabalho.

¹⁹ Bresser-Pereira (1998) parte do pressuposto da existência de três formas de administrar o Estado: a administração patrimonialista, a administração pública burocrática e a administração pública gerencial. A administração patrimonialista não é pública, na medida em que não visa o interesse público, é típica dos estados pré-capitalistas, particularmente das monarquias absolutistas; confunde o patrimônio privado do príncipe com o patrimônio público e sobrevive em regimes democráticos imperfeitos por meio do clientelismo. A administração pública burocrática é baseada em um serviço civil profissional, na dominação racional-legal weberiana e no universalismo de procedimentos. A administração pública gerencial é uma administração mais eficiente, voltada para o cidadão-cliente e constituída por instituições legais e organizacionais que permitem uma burocracia profissional e moderna. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 20-23.

preocupa com os processos, a administração pública gerencial ou de resultados é orientada para a obtenção de resultados (eficiência), marcada pela descentralização de atividades e avaliação de desempenho a partir de indicadores definidos em contratos (exemplos: contrato de gestão, contratos de desempenho etc.). É o que explicam Coratelo (1990)²⁰ Rezende (2018)²¹ e Bresser-Pereira (2008)²².

A reforma do Estado e particularmente a reforma gerencial, segundo o seu principal idealizador, Bresser-Pereira (1998), é antes uma reforma institucional do que uma reforma de gestão. Está baseada na criação de instituições normativas e de instituições organizacionais que viabilizem a gestão. Entre as instituições organizacionais criadas pela reforma gerencial estão as agências executivas e as organizações sociais²³.

As organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado componentes do terceiro setor, despidas de finalidade lucrativa, obtêm essa especial qualificação após cumprirem requisitos específicos, previstos na lei da esfera federativa de sua qualificação (federal, estadual ou municipal). Trata-se de qualificação que autoriza a celebração de módulo convencional com o poder público para execução de determinada atividade de interesse público ou de relevância pública.

O Caderno nº. 2 do Ministério da Administração e Reforma do Estado, órgão federal que conduziu o processo de inclusão dessa nova modalidade de qualificação no ordenamento jurídico brasileiro, assim explica:

Organizações Sociais (OS) são um modelo de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público.

As organizações sociais surgiram no bojo de um amplo processo de reforma e redimensionamento do aparato estatal, denominado, como dito, de reforma gerencial. A ideia foi diminuir o aparelhamento do Estado mediante a transferência ao terceiro setor da gestão de atividades de interesse público. Um dos principais focos da reforma gerencial foi o controle, na medida em que, teoricamente, se substituiu o controle burocrático de procedimentos pelo controle gerencial de resultados. É o que afirma o citado Caderno e consignam Mânica e

²⁰ CORATELO, Ramon. *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Organização administrativa*. 4 ed. São Paulo: Método, 2018, p. 7-13.

²² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 29.

²³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. 1998, p. 23.

Menegat (2013). O Estado não deixa de controlar a aplicação dos recursos transferidos, mas o fará por meio do controle por resultados, estabelecido no contrato de gestão. Além disso, a direção superior das organizações sociais é exercida por um conselho de administração, com participação de representantes do Estado e da sociedade. Para evitar a oligarquização dessas entidades, os mandatos dos representantes da sociedade estarão submetidos a regras que limitam a recondução e obrigam à renovação periódica dos conselhos²⁴.

As organizações sociais foram criadas na esfera federal pela Lei nº. 9.637/1998, que também criou o contrato de gestão e o conceituou como “o instrumento firmado entre o poder público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”.

É o que também dispõem as diversas legislações dos estados e municípios, que definem o contrato de gestão, geralmente, como o instrumento que disciplina a atuação das organizações sociais na qualidade de agentes colaboradores da administração pública²⁵.

Atualmente há 781.921 organizações da sociedade civil (OSCs) formais no Brasil, ou seja, com Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), em atividade. Dessas, 1.114 são organizações sociais e 7.046 são OSCIPs (organizações da sociedade civil de interesse público)²⁶, segundo informações provenientes da base de dados da Secretaria da Receita Federal (SRF), da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e do Orçamento Público Federal²⁷.

O ente público, ao decidir confiar à organização da sociedade civil a execução de um serviço de relevância pública por meio do contrato de gestão, como a saúde, a rigor transfere à iniciativa privada desincumbida de finalidade lucrativa o desenvolvimento desse serviço com o objetivo de usufruir da experiência da instituição particular, da redução dos custos que a natureza dessas instituições proporciona (imunidades e isenções tributárias) e da qualidade e eficiência de sua gestão. Tendo em vista que o objeto do contrato de gestão é uma atividade pública relevante ou um serviço público, o poder público se responsabiliza exclusivamente

²⁴ MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. *A natureza jurídica do contrato de gestão com as organizações sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 4772, mar./ago. 2013.

²⁵ Caminham nessa mesma via, por exemplo, a Lei Complementar n. 846/98, do Estado de São Paulo; a Lei n. 14.132/2006, do Município de São Paulo; a Lei n. 9.784/2018, do Município de São José dos Campos/SP; a Lei n. 15.503/2005, do Estado de Goiás; a Lei n. 12.929/2004, do Estado de Santa Catarina; e a Lei n. 5.026/2009, do Município do Rio de Janeiro.

²⁶ Disponível em: <<https://mapaosoc.ipea.gov.br>>. Acesso em: 05/05/2021.

²⁷ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrazil>>. Acesso em 05/05/2021.

pelas obrigações financeiras, na medida em que a organização social, nos termos da legislação, é um agente colaborador da administração pública, sem fins lucrativos.

Distinção importante entre o primeiro, o segundo e o terceiro setores está relacionada às formas de propriedade. Ainda que vulgarmente se considerem apenas duas formas, a propriedade estatal e a propriedade privada, existe no capitalismo contemporâneo uma terceira forma, intermediária: a propriedade pública não-estatal, constituída por organizações sem fins lucrativos que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse geral.

Esfera pública não significa exclusivamente esfera estatal e o Estado não tem o monopólio do interesse público, já que na busca do seu alcance (o Estado) lança mão da colaboração da sociedade, seja ela organizada na forma lucrativa ou não-lucrativa, especialmente se a atividade desenvolvida é qualificada pela relevância pública, quando incide sobre ela, aliás, regulação mais intensa²⁸. A responsabilidade pelas necessidades gerais atualmente é compartilhada entre vários atores, o que fez ampliar a abrangência da função social, aplicada não somente à propriedade, mas também aos contratos e nas atividades dos entes coletivos personalizados, por exemplo²⁹.

Bresser-Pereira (1998) explica que no capitalismo contemporâneo as formas de propriedade relevantes não são apenas duas, mas quatro: a propriedade privada, voltada para a realização de lucro (empresas) ou de consumo privado (famílias); a propriedade pública estatal; a propriedade pública não-estatal; e a propriedade corporativa, que caracteriza os sindicatos, associações de classes e clubes. Entre as organizações públicas é estatal aquela que for parte integrante do aparelho do Estado e subordina-se ao direito público, enquanto é pública não-

²⁸ É o que muito bem anota Di Pietro (1993), ao relembrar que o fomento é atividade administrativa, mas não é nova, porque já era praticado na Idade Média. Foi grandemente utilizado no período do Despotismo Esclarecido, mas atingiu o seu apogeu no período do Estado de Direito Social, justamente como decorrência da ampliação as atividades de interesse público; quer dizer, o atendimento do interesse público deixou de ser monopólio do Estado, até por força do princípio da liberdade individual, que permite ao indivíduo fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, inclusive exercer atividades de interesse coletivo (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 191, p26-39, jan./mar. 1993. p. 31).

²⁹ Além da responsabilidade social implícita nas próprias atividades, manifestada na preocupação com boas práticas socioambientais, vedação ao trabalho escravo e infantil, exemplificativamente, é comum que grandes corporações desenvolvam atividades sociais, paralelas às suas ações comerciais. Escrevo esse trabalho em momento extremamente crítico no mundo, em meio à pandemia pelo novo coronavírus, responsável pela maior crise da história recente. Nesse cenário, são vistas ações de grandes corporações, como do Banco Itaú, pela Fundação Itaú, e das Casas Bahia, pela Fundação respectiva, dentre outros, que encabeçaram movimentos de solidariedade com a finalidade de auxílio aos mais vulneráveis diante dos efeitos da calamidade pública instalada, além de outras atitudes altruísticas como doações de máscaras de proteção, luvas e higienizantes. Talvez ainda seja um pouco cedo para que sejam vislumbrados os efeitos da catástrofe, já que estamos no seu curso. Todavia, é possível prever que ela inaugura, melhor dizendo, forja o fenômeno que estava tentando ganhar impulso: a solidariedade e fraternidade sociais, desdobramentos da consensualidade, quem tem o Estado, inclusive, como um dos seus agentes, pois no momento de crise a presença do Estado é mais esperada e necessária.

estatal aquela que, embora persiga o interesse público, não faz parte do aparelhamento do Estado e se subordina ao direito privado³⁰.

O rótulo de propriedade pública não-estatal engana e dificulta a correta disposição do setor nele inserido. Engana porque muitas vezes é utilizado para igualar ou aproximar as organizações não lucrativas do aparelho estatal, o que descaracteriza a natureza dessas instituições. Dificulta porque a roupagem quase pública ludibria o menos atento, que considera essas entidades como se integrassem o aparato estatal.

Não ignoro que o objetivo de revestir essas organizações de impessoalidade – no tocante à ausência da busca comum pelo lucro, cogente no setor privado puramente econômico, que obviamente está centrado na figura daqueles para quem os rendimentos são distribuídos, o que não ocorre no terceiro setor, onde não se reparte o superavit –, em grande medida é feito pelo Estado na tentativa de se desincumbir de parte do seu fardo, o qual reúne funções que reclamam a disponibilidade de um orçamento finito. Porém, esse desiderato não é bem executado a partir do momento em que se procura reduzir de maneira quase anulatória a natureza desse segmento, que continua privado, mas passa a ser marionete. De forma enviesada, o Estado interfere na sociedade organizada, no caso das organizações sociais, primeiro, por meio da participação nos seus órgãos deliberativos; avança, no caso de algumas leis, para a aprovação dos regulamentos internos, como regulamento de compras e contratações e de pessoal, cargos e salários; e chega ao ponto de exigir a divulgação na rede mundial de computadores dos rendimentos de todos os empregados, como se servidores públicos fossem. Essa manipulação acaba por fazer da organização social uma *longa manus* do Estado, ao desamparo da Constituição Federal.

É preciso reconhecer o papel e a importância da organização da sociedade civil, encarregada de fazer cumprir interesses que não são estritamente particulares, ao contrário, estão posicionados como finalidades relevantes a ponto de mobilizar contingentes e exigir a atenção do Estado. Igualmente é preciso lembrar do papel do Estado atinente à sustentação desse setor. Isso não significa que o fato de o terceiro setor se encarregar majoritariamente de atividades públicas relevantes faça dele uma extensão do poder público. No setor privado existem aqueles que se ocupam exclusivamente de atividades relevantes, como é o caso da educação e, todavia, as instituições que o fazem não têm a sua natureza deturpada.

³⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. 1998, p. 235-237. Segundo Bresser-Pereira, o espaço público não-estatal está dividido em entidades de controle social e organizações públicas não estatais (OPNEs), que podem ser associações comunitárias, associações de caridade, ONGs, fundações empresariais e organizações de serviços públicas não-estatais (OSPNEs).

2.2 Os módulos de cooperação³¹ entre o Estado e o terceiro setor

A reforma do Estado, iniciada no governo Collor e levada adiante pelo governo Fernando Henrique e posteriores, recorreu à redução da participação do Estado na atividade econômica e na prestação de serviços públicos. Luis Carlos Bresser-Pereira defende que “há três possibilidades em relação aos serviços não exclusivos: podem ficar sob o controle do Estado; podem ser privatizados; e podem ser financiados ou subsidiados pelo Estado, mas controlados pela sociedade”³².

Essa reforma introduziu o modelo em que o Estado se apresenta como fomentador de atividades relacionadas aos serviços públicos não exclusivos, dentre elas saúde e educação, cujos recursos são transferidos aos particulares por meio dos contratos de gestão e dos termos de parceria.

Houve modernização da participação da sociedade civil na prestação de serviços de relevância pública. O modelo das Santas Casas foi aprimorado; as organizações inseridas no terceiro setor passaram a desenvolver atividades de cunho social profissionalizadas, voltadas para a eficiência e para o resultado das ações, distantes parcialmente da relação puramente vocacional. Essa transformação foi responsável pela complexidade das novas ferramentas que surgiram para dar conta desse relacionamento, que deixou de se sujeitar às tradicionais disposições sobre os convênios, mas não se ajustou de forma adequada à sistemática do contrato administrativo formatado pela Lei nº. 8.666/93 para as típicas relações de colaboração tradicionalmente econômicas, sem conteúdo voltado às novas colaborações de fundo social ou de relevância pública. Tanto o é que a lei de licitações sequer se dedicou a disciplinar com o fôlego necessário o convênio, relação que até o advento da Lei nº. 13.019/2014 era muito comum com as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. A Lei nº. 8.666/93 se limita a afirmar que os seus dispositivos, todos voltados ao típico contrato administrativo, se aplicam aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, “no que couber”. Como ninguém nunca soube o significado e a abrangência do “que couber”, especialmente porque os dispositivos desta lei foram pensados para acomodar as relações puramente econômicas e tradicionais ou de interesse acentuadamente mercadológico, a sua aplicação a outros tipos de relação se tornou simplesmente um esforço para equiparar modelos diversos.

³¹ Tomo emprestada a terminologia utilizada por Menezes de Almeida (2012) para designar a ideia genérica de convenção que comporta modulações (*Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 199).

³² BRESSER, Luiz Carlos. *Estratégia e estrutura para um novo Estado*. Revista do Serviço Público, n. 1, jan./abr. 1997, p. 19.

O cenário de aplicação da lei de licitações aos contratos de gestão parece ter sofrido alteração, já que a Lei nº. 14.133/2021 prevê que não se subordinam ao seu regime as contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

O movimento de desestatização e o crescimento do setor da economia que não tem o lucro como principal objetivo deram origem à maior participação desse segmento nas atividades de colaboração com o poder público e forjaram a criação de novos modelos de contratualização, mas também severa confusão quanto ao regime aplicável a esses vínculos, já que a sociedade civil organizada não é parte do setor estritamente econômico (lucrativo), tampouco integra o Estado, embora realize atividades de cunho eminentemente social, muitas das vezes de relevância pública ou mesmo serviço público, o que provoca celeuma quanto às normas e princípios que incidem na contratação.

Gabardo (2009) explica que a reforma gerencial passou pela definição de objetivos em função da divisão setorial, além da adoção de metas globais, que são a descentralização (fundada no princípio da subsidiariedade), o aumento da efetividade do governo na implantação de políticas públicas (princípio da eficiência) e a imposição de limites à ação estatal nas funções que não lhe forem próprias (reservam-se os serviços ditos não exclusivos para a propriedade pública não estatal e a produção de bens e serviços ao mercado para a iniciativa privada)³³.

Ainda segundo o referido autor, a estratégia de transição para a pretendida administração pública voltada para o “cidadão-cliente” ou “cidadão-usuário”, aloca-se em três dimensões complementares: a institucional-legal (reforma do sistema jurídico, constitucional e infraconstitucional); a cultural (transição da cultura burocrática para a gerencial); e a de gestão (modernização da estrutura e da atividade mediante a adoção dos novos métodos a partir de diretrizes e objetivos). Como a modificação da estrutura de gestão é a peça mais importante na transformação do modelo burocrático para o gerencial, torna-se necessária a previsão de uma série de projetos específicos, sendo os principais deles: de avaliação estrutural (destinada a analisar de forma global a organização do Estado); de criação de agências autônomas (partindo-se da transformação das autarquias e fundações que exerçam atividades exclusivas de Estado); e de instituição de um programa de publicização, especialmente por meio das organizações sociais³⁴.

O direito administrativo tem sido a caixa de ferramentas do Estado na concepção dos instrumentos necessários à viabilização da gestão de demandas contemporâneas

³³ GABARDO, Emerson. 2009, p. 112.

³⁴ GABARDO, Emerson. 2009, p. 112-113.

multifacetadas e a administração pública avançou na condução dessas expectativas por meio de módulos convencionais formatados para cada eixo específico de necessidades. Por isso o processo de construção de um eixo de contratualidade paralelo à lei geral de licitações e contratos públicos (Lei nº. 8.666/1993 e Lei nº. 14.133/2021)³⁵. Ou seja, por não ser o único diploma legal que disciplina os contratos administrativos, a lei de licitações não deve ser aplicada a todo tipo de contratualização, conquanto os módulos nela previstos não esgotam as possibilidades de contratações e outros tipos de contratos administrativos, os quais, ainda que se assemelhem quanto ao objeto àqueles previstos na referida norma, a eles não se equiparam, sobretudo no que tange à insistente tentativa de inseri-los no conceito de terceirização.

As concessões de serviço público disciplinadas pela Lei nº. 8.987/1995 e pela Lei nº. 11.079/2004 pavimentaram parte do caminho das novas modalidades de relação público-privada e do novo arranjo jurídico que inclui o particular como parte colaborativa, na forma do que começou a ser tratado como parceria. Essas mesmas portas se abriram aos serviços sociais e impulsionaram as relações entre o Estado e o terceiro setor, mormente por meio do regime disposto embrionariamente nas Leis nº. 9.637/1998 e nº. 9.790/1999.

Não à toa, aliás, o contrato de gestão adveio contemporaneamente à introdução textual do princípio da eficiência às atividades da administração pública pela EC 19/1998.

A partir desse movimento, é preciso dizer (em brevíssimo parêntese), houve parcial transferência pelo Estado ao particular do exercício de atividades que a princípio integrariam a função primária estatal, uma vez que a participação da sociedade no atingimento do interesse público é secundária e não principal ou primária, e aqui não ignoro a responsabilidade da sociedade pelo cumprimento das finalidades públicas. Exemplo disso é a atividade de fiscalização confiada aos particulares após o advento da Lei nº. 12.846/2013, que criou a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e exige do ente coletivo, ao menos indiretamente, a vigilância inclusive do próprio Estado, mediante sofisticados programas de integridade (*compliance*).

Essa noção faz parte do fenômeno global de transformação do Estado, de inerente reordenação do direito administrativo que contempla a administração pública gerencial e as novas formas de contratualização, dentre elas o contrato de gestão, além do novo modo de pensar os contratos públicos, acontecimento este último em expansão, uma vez que ainda remanescem características autoritárias e verticais nas relações estabelecidas pelo Estado, as

³⁵ NOBREGA, Theresa Christine de Albuquerque; BRITO, Marina Falcão Lisboa. *O abismo que distancia as organizações sociais das terceirizações no direito administrativo brasileiro*. REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor. Brasília, V. 5, n. 2, pp. 307-345, jul.-dez., 2018, p. 308.

quais resistem aos novos formatos de colaboração e à conduta mais consensual e consertadora da administração pública.

O fenômeno seria resultado do princípio da subsidiariedade do Estado³⁶, cujas raízes podem ser localizadas nas abordagens eclesiais registradas em encíclicas como a *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1931), *Mater et Magistra* (1961) e *Centesimus Annus* (1991), segundo anotações de Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Fernando Borges Mânica, que citam passagem da encíclica do Papa Pio XI, a qual vaticina que permanece imutável o solene princípio da filosofia social: assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, não os destruir nem os absorver. Segundo a encíclica, a autoridade pública deve deixar ao cuidado de associações inferiores os negócios de menor importância, para então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, em conformidade com o princípio da função ‘supletiva’ dos poderes públicos.³⁷

Gabardo (2009) afirma que o efetivo nascimento do princípio da subsidiariedade decorre da encíclica *Quadragesimo Anno*, que o identifica como filosofia social, conforme observa-se da passagem acima citada do Papa Pio XI, e promove forte reverência à *Rerum Novarum*, inclusive na continuidade da defesa da propriedade privada e no ataque ao socialismo.³⁸

No sentido mais moderno, Gabardo (2009) afirma que o princípio da subsidiariedade se refere aos níveis de concentração de poder relacionados aos interesses em jogo para o fim de promover uma repartição de competências entre a sociedade civil e o Estado. Há duas conotações distintas do princípio: a) subsidiariedade vertical: regra de competência

³⁶ Gabardo (2009) não entende que esse movimento do Estado seja fruto da subsidiariedade. Segundo o autor, “[...] juridicamente, o Estado possui papel primordial nesta empreitada cujo dever é a felicidade e cujo fundamento é o interesse público (e não a subsidiariedade); o que não inibe de forma alguma a sua obrigação de cada vez mais reconhecer e garantir a participação democrática da sociedade civil, tanto na esfera política em geral quanto na propriamente administrativa. Esta participação não deve ser priorizada na prestação de serviços e sim nas diferentes esferas de decisão e controle, inclusive relativas ao próprio sistema federativo e suas distintas instâncias de controle. Nestes termos é que deixa de ser possível a aceitação de que o sistema de descentralização administrativa brasileiro se pauta pela subsidiariedade, e nem mesmo que poderia ser legitimado por um modelo de Estado gerencial-liberal” (GABARDO, Emerson. 2009, p. 120-121).

³⁷ MÂNICA, Fernando Borges. OLIVEIRA, Gustavo H. Justino. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação. Artigo. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano XXI, n. 9, p. 1010-1025, set. 2005.

³⁸ GABARDO, Emerson. 2009, p. 216-217.

entre o Estado e as regiões ou entre o Estado e uma união comunitária; e b) subsidiariedade horizontal: regra de competência entre a intervenção pública e a iniciativa da sociedade (protagonismo do indivíduo e da sociedade civil na consecução das atividades que lhes são necessárias; competência de caráter acessório – complementar/suplementar – dos organismos público-estatais)³⁹.

Em que pese a autoridade dos autores que investigaram a origem do princípio da subsidiariedade e o localizaram no mencionado documento religioso, tenho severa dúvida se referido princípio foi acolhido pela Constituição Federal e se o direito brasileiro absorveu essa diretriz da dogmática católica, que parece bem localizada no tempo e no espaço. Nosso texto constitucional não defende nem rechaça a subsidiariedade, uma vez que não insere o Estado na posição de monopólio, exceto em situações excepcionais expressamente ressalvadas, bem como não afasta a iniciativa privada da participação em atividades públicas ou tidas como públicas. No que tange à saúde, os artigos 197 e 199 da Constituição Federal deixam isso bem claro. É difícil, entretanto, definir o que seja suplementar ou complementar. Arrisco dizer que a presença do Estado não precisa ocorrer na atividade executória. Ela pode permanecer em outras funções como a de controle ou fiscalizatória, o que não descaracteriza a subsidiariedade, para aqueles que a admitem como um princípio constitucional.

Sobre o processo de mudança que altera a posição do Estado, de prestador para controlador, Gabardo (2009) adverte que esse processo gera um grande paradoxo, pois promove o enfraquecimento do poder político do Estado, ao mesmo tempo em que conduz a uma maior intervenção estatal na esfera da sociedade civil, o que causa verdadeira estatização do terceiro setor combinada com a privatização dos serviços sociais, um contrassenso pós-moderno⁴⁰.

Dentre as tendências do Estado subsidiário está a ampliação da atividade de fomento e o crescimento dessas técnicas, com o alargamento dos instrumentos de cooperação entre o setor público e o privado, haja vista que nessa função se encaixam a ordem econômica e a ordem social. O fomento não se limita à atividade de subsídio direto; também pode ser empregado como ferramenta de estímulo por meio de vínculo contratual, estabelecido com o objetivo direto ou indireto de se fazerem cumprir algumas funções, como a sustentabilidade.

Cito aqui três das novas técnicas de cooperação entre o Estado e o setor privado: o contrato de gestão objeto deste estudo; a parceria público-privada; e o contrato de impacto

³⁹ GABARDO, Emerson. 2009, p. 212-213.

⁴⁰ GABARDO, Emerson. 2009, p. 144.

social. O contrato de gestão será objeto de tópico próprio. Tratarei brevemente aqui da parceria público-privada e do contrato de impacto social.

Inspirada no direito inglês, a parceria público-privada foi inserida no Brasil pela Lei nº. 11.079/2004, a qual, segundo a justificativa do projeto de lei, seria indispensável alternativa para o crescimento econômico que permite amplo leque de investimentos e o compartilhamento de riscos, especialmente para o suprimento de demandas das áreas de segurança pública, saneamento básico e infraestrutura viária e elétrica. A justificativa ressalta não se tratar de marco regulatório inteiramente novo, mas de adaptação do sistema de concessão vigente (Lei nº. 9.987/1995 e Lei nº. 9.074/1995)⁴¹.

A lei prevê duas modalidades de parcerias: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Na primeira, a remuneração ocorre por meio de contraprestação do poder público e pela cobrança de tarifa do usuário. Na concessão administrativa a remuneração é paga pelo poder público.

As características que distinguem as novas modalidades são: a forma de remuneração; a obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósitos específicos; a possibilidade de garantias pelo poder público; o compartilhamento de riscos e dos ganhos econômicos; possibilidade de aplicação de sanções ao poder público em caso de inadimplência contratual; prazo mínimo e máximo do contrato; limite de despesa com contratos de parcerias público-privadas⁴². Também diferenciam as novas concessões disciplinadas pela Lei nº. 11.079/2004 o valor mínimo da contratação e a previsão do Fundo Garantidor.

Os pontos de intersecção entre a parceria público-privada da Lei nº. 11.079/2004 e o objeto desta pesquisa, os quais inspiraram algumas propostas adiante desenvolvidas, são: garantias pelo poder público; aplicação de sanções ao poder público; e compartilhamento de riscos.

O Contrato de Impacto Social (CIS) traduz o conceito de *Social Impact Bond* (SIB), que simplificada é uma ferramenta para financiamento de iniciativas sociais. É um módulo de cooperação por meio do qual o Estado, o terceiro setor (cuja participação não é mandatória) e a iniciativa privada dividem um elaborado conjunto de direitos e obrigações direcionado à consecução de uma política pública determinada, mediante o atingimento de metas sociais mensuráveis. Atingidas as metas, o investidor privado recebe o retorno financeiro.

⁴¹ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3629637&ts=1593946572970&disposition=inline>

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 149.

O risco da atividade de intervenção social é transferido do Estado para o agente privado que, uma vez não alcançado o resultado, não receberá o retorno do investimento.

Assim como a parceria público-privada, atribui-se o berço do CIS à Inglaterra, onde teria ocorrido a primeira experiência com esse módulo, desenvolvida na Prisão Peterborough, com o objetivo de diminuir a taxa de reincidência criminal por meio de intervenções sociais. Nesse primeiro caso a previsão foi de que o retorno financeiro dos investidores corresponderia ao aporte inicial, remunerado à taxa de 3% ao ano, se houvesse, pelo menos, redução de 7,5% nos eventos de reincidência. Ao final foi atingida a redução do número de eventos de reincidência entre os libertos em 9,7% e que a torna elegível à contrapartida estatal.

O Projeto de Lei do Senado nº 338, de 2018, dispõe sobre o Contrato de Impacto Social (CIS), e o define como o acordo de vontades por meio do qual uma entidade pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, se compromete a atingir determinadas metas de interesse social, mediante o pagamento de contraprestação do poder público, condicionada à verificação, por agente independente, do atingimento dos objetivos⁴³.

Segundo a justificativa do projeto, a grande vantagem do CIS é o fato de que o risco do atingimento das metas de interesse social é exclusivo do parceiro privado, que pode, inclusive, captar investidores de risco interessados no retorno financeiro dos recebíveis e na bonificação por impactos favoráveis de responsabilidade social. Assim, se forem atingidas as metas, o poder público realiza o desembolso devido; se não, nada é devido, e o parceiro privado arca integralmente com esse fracasso.

A nova lei de licitações trouxe a figura do contrato de eficiência, que parece absorver, ao menos em parte, as proposições do CIS.

O CIS inspira este trabalho no tocante ao método de alcance do seu objeto: metas de interesse social e na verificação das metas por agente independente. Embora o contrato de gestão também seja conduzido por metas e indicadores, há espaço para aprimoramento do planejamento, consecução e controle.

2.3 O contrato de gestão

O contrato de gestão celebrado entre o Estado e uma organização da sociedade civil ocupou papel de destaque na reforma dos anos 1990; a organização social foi um dos frutos da

⁴³ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7756759&ts=1624911761102&disposition=inline>

reestruturação do Estado. Essa qualificação foi criada para habilitar as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas a determinada área relevante como saúde, educação e cultura, à cooperação com o Estado para a execução dessas atividades.

A legislação que passou a disciplinar esse tipo de relação com o Estado foi uma tentativa de profissionalizar a filantropia. Todavia, esse ensaio tentou resgatar o formato antigo, aquele das Santas Casas, e se distanciou da reflexão mais madura a respeito dos módulos de cooperação que podem servir de sustentação para as relações com o poder público⁴⁴.

Por esse motivo, dentre outros, houve intenso debate a respeito do arcabouço jurídico do contrato de gestão. Para Di Pietro (1999) haveria identidade entre o contrato de gestão e o termo de parceria⁴⁵; o instrumento seria praticamente o mesmo. Todavia, na nova edição de sua obra, a autora afirma que o contrato de gestão muito se assemelha à concessão administrativa⁴⁶.

Ferreira da Rocha (2006) afirma que o regime jurídico do contrato de gestão aponta para peculiaridades tanto do contrato administrativo como do convênio, com uma leve predominância do contrato administrativo, o que autoriza a classificá-lo como um “contrato administrativo degradado”⁴⁷.

Valim (2015) afirma que o contrato de gestão, ao lado dos convênios, termos de parceria, termos de colaboração e termos de fomento são relações jurídico-administrativa subvencionais. O autor defende que no contexto da relação subvencional o dinheiro público

⁴⁴ A legislação voltou a reproduzir, embora com diferenças importantes, a técnica de conferir título jurídico especial às instituições do terceiro setor, tal como já o fazia relativamente ao título de utilidade pública, cuja legislação é lacônica e deficiente, conforme adverte Paulo Modesto (MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. In: Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro: Renovar, vol. 214, out./dez. 1998, p. 57).

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria na administração pública, concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 198. A propósito do giro no pensamento registrado nessa última edição da obra de Maria Sylvia, informo, por absoluta lealdade ao leitor, especialmente aos avaliadores, que o meu pensamento também sofreu alteração angular. A princípio, minha proposta era a de considerar o contrato de gestão como uma modalidade de concessão, ao menos quando o seu objeto é um serviço público, como a saúde, no que denominei concessão social, já que, embora próxima daquela prevista na Lei nº. 8.987/95, dela se diferencia notadamente pela finalidade não lucrativa. Foi esse o projeto preliminar apresentado à banca de seleção para ingresso na pós-graduação. Todavia, resolvi tratar essa proposta como hipótese secundária, uma vez que, mesmo considerado uma concessão social, o contrato de gestão não deixaria de ser um tipo de contrato administrativo, de modo que a classificação principal pertence a esse gênero, a qual aproveita os contratos de gestão que tenham outros objetos, não somente aqueles cuja obrigação principal seja um serviço público.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria na administração pública. concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 341.

⁴⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. 2006, p. 67.

transferido ao particular não remunera uma prestação, ao contrário, constitui apenas a participação do ente administrativo na realização da atividade fomentada⁴⁸.

Justino de Oliveira (2008) considera que nenhuma das diversas espécies de contratos de gestão previstas no ordenamento brasileiro subsuma-se à categoria dos contratos administrativos; o contrato de gestão está compreendido na nova contratualização administrativa e inserido no que denomina acordo administrativo colaborativo⁴⁹.

Almeida (2012) classifica o contrato de gestão na espécie de módulos convencionais de cooperação, nos quais o elemento essencial é a identidade de fins a que visam os parceiros, de modo a não se identificar situação de prestações contrapostas. A princípio, Almeida (2012) afirma ter o contrato de gestão a mesma essência do convênio em geral: a conjugação de esforços de distintas pessoas para a consecução de um fim comum. Entretanto, apoia-se na crítica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre as organizações sociais que vivem exclusivamente por conta do contrato de gestão, já que a lei prevê a possibilidade de destinação a elas de recursos orçamentários, bens públicos e pessoal, para afirmar que, em lugar de uma real conjugação de esforços, existe uma verdadeira contraprestação por uma atividade exercida pela entidade privada, a qual, ainda que não busque o lucro, visa outras modalidades de benefícios privados apropriáveis a partir de recursos públicos.⁵⁰

É o que sói ocorrer na maioria dos contratos de gestão, em especial aqueles que têm como objeto serviços de saúde.

Já Modesto (2016) considera que o fomento para a sociedade civil organizada é parceria social e consiste no dever do Estado de reconhecer e apoiar as entidades privadas de solidariedade social ou de fins públicos, como expressamente acentuam os artigos 199, §1º; 204, inciso I; 205, *caput*; 213; 215; 227, §1º, todos da Constituição Federal⁵¹.

O Supremo Tribunal Federal situou o contrato de gestão na mesma categoria do convênio no julgamento da ADI 1923, cujo objeto foi a Lei nº. 9.637/98, que disciplina a qualificação de organização social no âmbito federal. Nesse mesmo sentido são as decisões do Tribunal de Contas da União, segundo as quais os contratos de gestão têm natureza de convênio,

⁴⁸ VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 130 e 142.

⁴⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 238-255.

⁵⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. 2012, p. 241/248-252.

⁵¹ MODESTO, PAULO. *A Lei 13.019 e as Transformações das Parcerias Público-Sociais*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. N. 306. Ano 2016.

dada a harmonia de objetivos do Estado e da entidade conveniada (Acórdão 2444/2016. TC 023.410/2016-7 – proferido em análise de solicitação do Congresso Nacional).

Dentre as razões coincidentes utilizadas pelo STF para validação da Lei nº. 9.637/98, o caminho encontrado foi o de equiparar o contrato de gestão ao convênio, sobretudo porque a petição inicial da ação acusava violação ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. O fundamento da decisão está bem resumido no seguinte trecho:

Em primeiro lugar, deve ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF quanto ao procedimento de qualificação como OS, porquanto tal ato não se configura como contratação no sentido próprio do termo. É que não ocorre, em tal hipótese, a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, conforme aponta a doutrina e conforme já ressaltado pelo voto do ilustre Min. Relator.

Embora na referida passagem a decisão se manifeste quanto ao procedimento de qualificação da organização social, para enfrentar tal matéria tratou da natureza do contrato de gestão e afirmou que ele não se afigura como uma contratação em sentido próprio, esquecendo-se que a expressão constitucional pode abarcar muita coisa, não só os contratos administrativos típicos.

A Lei nº. 8.666/93 e a nova Lei nº. 14.133/2021 não são diplomas normativos aos quais foi outorgada exclusividade para disciplinar os processos de contratação do poder público. Temos exemplos de legislações diversas que dispõem de forma própria sobre contratações, como a Lei de Concessões (Lei nº. 8.987/95), a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº. 11.079/2004), o Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº. 12.462/2011, revogada pela Lei nº. 14.133/2021), a Lei do Pregão (Lei nº. 10.520/2002, revogada pela Lei nº. 14.133/2021), o Estatuto Jurídico das Estatais (Lei nº. 13.303/2016), dentre outros.

Além disso, a própria lei de licitações dispõe sobre a dispensa de licitação para celebração de contrato de gestão (art. 24, inciso XXIV). Notem, aliás, que a lei usou a expressão contratos com organização social, ignorando sua própria previsão relativa a convênios e instrumentos congêneres expressa no art. 116. A Lei nº. 14.133/2021 não reproduz a mesma lógica, ou seja, não prevê dispensa de licitação para celebração de contrato de gestão, visto que a própria lei afasta sua incidência para contratações regidas por legislação especial.

O acórdão da ADI 1923 considera o contrato de gestão como se convênio fosse porque neste não ocorre, segundo a decisão, contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo. Nesse particular houve um aceno saudoso ao passado, tempo no qual não se falava – ou se mencionava pouco – sobre função social do contrato, responsabilidade social das partes

contratantes, boa-fé objetiva e solidariedade. A partir dessa conclusão simplista da decisão, seria forçoso admitir que esses elementos não estariam presentes no contrato administrativo e que jamais existirá interesses contrapostos em outras figuras jurídicas.

O intuito lucrativo nunca foi elemento caracterizador do contrato; bom exemplo disso é o contrato de comodato, cuja principal característica é a gratuidade. A contraposição de interesses tampouco é uma exclusividade dos contratos administrativos. Numa relação bilateral, ainda que os interesses comuns converjam de forma mais abrangente, mesmo assim é possível identificar interesses opostos, o que não descaracteriza a relação. Já a comutatividade, desdobramento da bilateralidade, também é encontrada em outras relações além das contratuais, e no convênio há obrigações recíprocas⁵².

A natureza dos convênios, por sua vez, é compreendida de diversas formas pela doutrina brasileira – muito vezes contraditórias –, o que confirma a inadequação desse tipo de relacionamento com a iniciativa privada, ainda que sem finalidade lucrativa, e a raiz da insegurança jurídica que afeta o tema.

O convênio pode: (i) possuir natureza contratual⁵³; (ii) não possuir natureza contratual, face ao regime de mútua colaboração ou cooperação⁵⁴; (iii) ser classificado como acordo, com características de cooperação, para realização de obras, serviços ou atividades de competência de entidades públicas⁵⁵; (iv) ser tratado como instrumento de delegação unilateral ou bilateral de função pública ou, nos termos do Decreto-lei nº. 200/67, instrumento de delegação parcial de programa federal, hipótese que pressupõe a colaboração ou cooperação⁵⁶; (v) prestar-se a ser instrumento de fomento⁵⁷; ou ainda (vi) caracterizar-se como instrumento de transferência voluntária ao setor privado⁵⁸.

Considero que o convênio é figura originalmente reservada para cooperação entre dois entes ou órgãos públicos, por meio do qual cada um dos partícipes colabora com a sua

⁵² Nesse sentido são as lições de Medauar (2016): “Parece igualmente difícil raciocinar em termos de existência ou inexistência de obrigações recíprocas para diferenciar os contratos dos convênios e consórcios. Os convênios implicam, claramente, encargos recíprocos; por exemplo; num convênio entre uma Secretaria Estadual de Educação e uma Prefeitura para construção de uma escola, cabendo à primeira a obra e à segunda o oferecimento de terreno, há encargos recíprocos para ser atingido o resultado”. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 283.

⁵³ MEDAUAR, Odete, 2016, p. 282-286. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 2016, p. 693-694. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 389-390.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2011, p. 231.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 335.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2011, p. 233.

⁵⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 466. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2011, p. 234.

⁵⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 2017, p. 467.

estrutura e organização e ambos usufruem dos benefícios resultantes dessa relação, haja vista que a finalidade objeto dele é comum e anima a atividade última dos participantes. Caso celebrado com a iniciativa privada sem finalidade lucrativa, o convênio deve preservar essa mesma característica, a de servir como alcance da finalidade comum por meio da estrutura e de recursos de ambos os partícipes. Já o contrato, para os efeitos deste trabalho, é a relação jurídica estabelecida para o atingimento da finalidade determinada pela parte contratante e com recursos desta, com a qual a parte contratada colabora, o que pode acontecer inclusive com recursos financeiros desta, posteriormente compensados pelos mecanismos previstos no contrato. Ressalvo que não me apegarei ao conceito; o que é relevante é o conteúdo da relação jurídica e os efeitos produzidos a partir dela decorrentes do regime jurídico majoritariamente aplicável.

O convênio originalmente era expressão do federalismo de cooperação, a par de outras figuras jurídicas como o consórcio administrativo e a região administrativa, próprias do federalismo de integração. Historicamente o convênio nasceu no direito brasileiro como instrumento unilateral de delegação de competência para a execução de atos administrativos da União para os Estados membros, conforme previa expressamente o art. 7º, §3º da Constituição de 1891. Num segundo momento, o convênio passou a ser aplicado na formulação de acordos entre entes federados, com a expressão “acordo entre os respectivos governos” surgida a partir do art. 5º, §1º e do art. 7º, parágrafo único, da Constituição de 1934.

De instrumento utilizado entre a União, Estados e Municípios para viabilizar a execução de leis, serviços e decisões, por intermédio de servidores federais, estaduais ou municipais, conforme previa a Constituição de 1967, passou o convênio a ser aplicado também como ferramenta para a descentralização da execução das atividades da administração federal a outros entes federados.

A descentralização pretendida na esfera federal ao final da década de sessenta foi proposta de forma a envolver a participação dos entes federados e da própria iniciativa privada na implementação de políticas, conforme dispõe o art. 10, do Decreto-lei nº. 200/1967⁵⁹.

Embora não seja o objetivo desta tese tratar com profundidade a natureza ou regime jurídico do contrato de gestão, o faço aqui brevemente apenas para que o meu posicionamento a respeito deste módulo fique claro, vez que em certa medida se refletirá na minha análise crítica e prospectiva, cerne deste trabalho. O contrato de gestão é mais um módulo contratual com

⁵⁹ “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. §1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução; b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio; c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões”.

estrutura e arcabouço próprios. Não se confunde com o convênio, até porque, exceto na área da saúde, o convênio foi extinto pela Lei nº. 13.019/2014, de sorte que defender a sua identidade com o contrato de gestão contraria a lei e ignora a disciplina que lhe é própria, além de criar diferenciação entre os contratos de gestão que não têm como objeto a saúde.

O convênio deve ser reservado, como o foi nas suas origens, à regulação dos interesses de dois ou mais entes públicos, ao passo que tem como objeto, essencialmente, a cooperação inter federativa e o seu arcabouço jurídico foi construído exclusivamente sob as bases do direito público, sem qualquer inspiração contratual.

O fato de a Constituição Federal, para o caso da saúde, considerar ambas as figuras (o convênio e o contrato), não invalida a posição defendida neste trabalho de que o convênio não é a figura adequada para o tipo de relação desenvolvida por meio dos contratos de gestão. Me parece que a Constituição Federal reproduziu a escolha construída ao longo dos anos anteriores de inserir as entidades sem finalidade lucrativa no âmbito do convênio, embora essa opção tenha ocorrido em razão da ausência, à época do desenvolvimento dessa possibilidade, de outro módulo mais adequado para disciplinar o relacionamento. A estrutura do convênio pode ser aproveitada para os casos nos quais o poder público se utiliza do aparato da própria entidade privada, como sói ocorrer com as Santas Casas. Nessa hipótese, a realidade se aproxima mais daquela concebida para o convênio, na qual se sobressai o fomento financeiro e a contrapartida do privado do que exatamente a prestação do serviço em sentido estrito.

O contrato de gestão também não pode ser considerado simplesmente um acordo administrativo colaborativo, por duas razões, *prima facie*: primeiro porque essa figura parece tentar se distanciar do convênio, ao mesmo tempo que se aproxima dele, e carece de uma estrutura jurídica solidamente definida; segundo porque, ao se descolar do convênio, o acordo se aproxima do contrato, até porque, seja qual for o nome (acordo, parceria, módulo cooperativo, etc.), o que importa é o conteúdo, de modo que esse tipo de relação, ainda que sob o qualificativo cooperação ou parceria, se refere a uma situação contratual; além disso, a existência de interesses comuns, lado a lado aos interesses outros, não faz ruir a natureza contratual da relação.

Por último, sem a intenção de esgotar os pensamentos opostos à minha posição, não acolho a tese defendida de que o contrato de gestão é um módulo convencional de cooperação, pelas mesmas razões já expostas quanto ao acordo administrativo colaborativo. Acrescento que esse módulo está inserido no tronco contratual, o que pode, teoricamente, se comunicar com o meu pensamento de que o contrato de gestão é um tipo de contrato administrativo.

Em certa medida ainda persiste a conclusão segundo a qual o contrato representaria o resultado do embate de forças contrapostas. Não à toa os contratos administrativos previstos na Lei nº. 8.666/93 ainda são negociados e estruturados com vieses relevantes de fiscalização e de responsabilização, com pouco nível estrutural de cooperação e com esquemas rígidos de alocação de riscos e responsabilidades. Não obstante, é esperado que, cada vez mais, seja dada relevância aos princípios gerais do direito contratual, tais como da boa-fé, da razoabilidade e da eficiência, princípios esses aplicados a todas as espécies de relação contratual, inclusive aos contratos de gestão.

Segundo Justino de Oliveira (2008), “um dos gargalos na condução das políticas estatais está relacionado ao fraco desempenho do Governo quanto à consecução das metas coletivas”. E a resposta para este problema passaria pela ampliação da participação da sociedade civil por intermédio de mais negociações, acordos e contratos, o que prestigiaria a visão de um “Estado mediador” em detrimento do tradicional “Estado impositor”⁶⁰.

O direito administrativo brasileiro, desde o longínquo ano de 1967, já previa o contrato (fórmula geral) como estratégia de atuação da administração pública. É o que está sugestionado no §7º, do artigo 10 do Decreto-lei nº. 200/1967:

§7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Essa estratégia foi agasalhada pela Constituição Federal, que em diversas passagens outorga à administração pública essa função, como, por exemplo, no art. 37, inciso XXI; no art. 175; e no art. 197, dentre outras tantas previsões constitucionais.

O contrato é um negócio jurídico elevado à categoria geral do direito, por meio do qual se procede à constituição, à modificação e à extinção de relações jurídicas. Não obstante sua proximidade com o direito privado, que é considerado a matriz do contrato, revela-se hoje que a figura contratual ultrapassou as fronteiras da província privatística e encontra aplicação em todos os setores do direito⁶¹.

Essa localização do regime contratual, ou melhor, a planificação, que é refletida em todas as modalidades de contratualização, ao mesmo tempo que facilita a operacionalização dos diversos módulos, todos ligados a um tronco comum e situados no mesmo plano, também

⁶⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. 2008, p. 27-28.

⁶¹ GONÇALVEZ, Pedro Costa. *Direito dos contratos públicos*. 3. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2018, p. 11.

possibilita vacina contra a assimetria de informações, porque provoca a consciência de que, mesmo vinculados à igual origem, os diversos tipos de contratos podem ter regimes especiais, algumas vezes distantes daquele imposto aos contratos típicos tidos como padronizados. Isso é relevante em grande medida ao controle (interno e externo), sem se limitar a ele, já que as ferramentas utilizadas para a auditoria de um modelo no mais das vezes não pode ser imediatamente acomodada a outro.

Arosa de Almeida (2018), tendo os olhos fixos no sistema português, afirma que é de saudar o alargamento da figura do contrato administrativo, a exigir que o quadro normativo correspondente seja determinado em novos moldes, a partir do reconhecimento, de uma vez por todas, de que não existe um contrato administrativo ao qual deva corresponder um regime detalhado do contrato administrativo, como figura pretensamente unitária⁶². Segundo o autor, se a qualificação dos contratos públicos como administrativos é instrumental em relação à submissão desses contratos a um regime específico, faz sentido que, em última análise, seja em função do concreto conteúdo desse regime que também a administração proceda à operação de qualificação, para o efeito de se reconhecer que só se justifica que ela qualifique como administrativos os contratos que pretenda ver submetidos ao conteúdo específico do regime próprio de direito administrativo⁶³.

Exemplo de desapego à suposta fórmula de contrato administrativo concentrada exclusivamente na Lei nº. 8.666/93 foi citado por Monteiro (2020) em publicação no periódico JOTA⁶⁴. Ela relata a pretensão do poder público de inovar e licitar uma nova solução contratual, por meio de modelagem inédita, que prevê o agrupamento de serviços com o fornecimento de vários bens num único contrato e métrica própria de verificação do cumprimento das obrigações. Em apreciação ao edital, o Tribunal de Contas acolhe o formato e colabora com o gestor para executar bem o contrato.

É claro que com o exemplo acima não quero dizer que o contrato de gestão é experimental. O que o relato demonstra é que a figura do contrato administrativo é dinâmica, pode ser encampada por diversas relações estabelecidas pelo poder público com natureza contratual e não está necessária e exclusivamente amarrada às previsões da lei de licitações.

⁶² ALMEIDA, Mário Arosa de. *O problema do contrato administrativo: no quadro administrativo decorrente do código dos contratos públicos revisto*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 67.

⁶³ ALMEIDA, Mário Arosa de. 2018, p. 78-79.

⁶⁴ MONTEIRO, Vera. *Controle externo experimental. Controladores também podem inovar ao fiscalizar contratos experimentais*. São Paulo: JOTA, 14.01.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/controlado-externo-experimental-14012020>. Acesso em 04/04/2020.

A planificação do regime contratual, além das funções já indicadas, também tem o potencial de eliminar anomalias decorrentes da multiplicidade de legislações sobre o contrato de gestão. O despontar do contrato de gestão nas diversas unidades federativas é variável na legislação multifacetada dos mais de cinco mil e quinhentos entes do Brasil.

Portanto, compreendo que o contrato de gestão é um tipo de contrato administrativo, com disciplina própria, regulado por legislação especial. Isto é, o contrato de gestão é ele próprio, sem dependência ou subordinação a outros módulos, sobretudo ao arcabouço jurídico das outras modalidades. A partir do abandono da tentativa de classificar o contrato de gestão em outras categorias é possível extrair o seu máximo aproveitamento e a finalidade da sua criação enquanto espécie de contratualização.

O reconhecimento do contrato de gestão como uma modalidade de contrato administrativo, semelhante ao modelo francês *régie intéressée* (contrato de gestão interessada)⁶⁵, tem o potencial de evitar a proliferação de entidades dependentes exclusivamente desse módulo convencional⁶⁶. Também ambiciona proteger a administração pública e os usuários contra a instabilidade da substituição do prestador do serviço público em decorrência dos contratos de curto prazo, sem garantias e sem tratamento adequado da execução dos serviços.

Outra inspiração para o módulo é os modelos franceses da *contractualisation managériale*, o qual teve origem no movimento de renovação do serviço público⁶⁷ e foi um instrumento de modernização de sua gestão⁶⁸, e do *régie intéressée* (contrato de gestão interessada).

Uma vez considerado um tipo de contrato administrativo, ao contrato de gestão se aplicam as disposições legais que inseriram esse módulo no ordenamento jurídico (isso pode parecer óbvio, todavia, o óbvio precisa ser dito, especialmente quando um módulo é tratado

⁶⁵ O contrato de gestão interessada não se confunde com os contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano e contratos de objetivos do direito francês, fonte direta de inspiração do contrato de gestão do direito brasileiro, mas que em terras francesas se aplicam somente entre órgãos da administração pública, especialmente para empresas públicas, tal como os contratos de gestão do Brasil internos do poder público, não celebrados com organizações sociais.

⁶⁶ Segundo o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a última pesquisa realizada pela FASFIL [Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil] citou a existência de 300 mil organizações da sociedade civil no país. Contudo, na pesquisa atual constata-se aproximadamente 820 mil organizações da sociedade civil, segundo dados de Cadastro Nacionais de Pessoas Jurídicas [CNPJs] de 2016. Demonstrando, portanto, notório crescimento do modelo em âmbito nacional. Perfil das organizações da sociedade civil no Brasil, disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33432. Acesso em 11.10.2018 às 12h00.

⁶⁷ RAINAUD, Jean-Marie. *La crise du service public français*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

⁶⁸ STOFFAES, Christian. *Le contrat de gestion comme moyen de moderniser l'état*. Revue Française d'Administration Publique, Paris, n. 61, p.75-80, jan.-mar.1992, p. 79.

como se fosse outra modalidade, o que gera confusão inclusive quanto ao arcabouço aplicável), e não a lei de licitações, que hoje afasta expressamente sua incidência sobre as contratações com legislação especial (art. 3º da Lei nº. 14.133/2021).

A pergunta que pode vir logo em seguida é sobre a aplicação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, já que, como modalidade de contrato administrativo, a celebração do contrato de gestão também estaria sujeita à licitação. Mas, para essa pergunta há resposta do nosso próprio sistema. O art. 37, inciso XXI da Constituição Federal não instituiu o princípio da licitação⁶⁹. Admitiu expressamente casos ressalvados pela legislação aos quais não se aplicará a seleção, como o fez a lei quanto aos contratos de gestão, bem como a respeito de outras hipóteses que comportam dispensa ou inexigibilidade. A Lei nº. 8.666/93 não é o único diploma normativo ao qual foi outorgada a exclusividade da disciplina dos processos de contratação pelo poder público. Há exemplos de legislações diversas que dispõem de forma diferente a respeito de contratações, como o Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº. 12.462/2011) a Lei do Pregão (Lei nº. 10.520/2002) o Estatuto Jurídico das Estatais (Lei nº. 13.303/2016), dentre outros. Portanto, a União pode dispor sobre outro formato de procedimento de contratação, realizada sob a forma de chamamento público no caso de contrato de gestão, sem malferir o texto constitucional.

O vazio legislativo no que tange à disciplina do chamamento público – embora alguns Estados e Municípios tenham regulamentado a matéria – é outro fator de insegurança jurídica, o que será analisado no capítulo 3.

Quanto à remuneração, uma das características do contrato administrativo, é certo que ela não está presente em todo tipo de contrato. No meu ponto de vista o que caracteriza a relação contratual é o financiamento do seu objeto pela parte contratante, o que não envolve necessariamente remuneração à parte contratada. Não obstante, a legislação que disciplina os contratos de gestão, ao menos aquelas que foram objeto de recorte deste trabalho, não proíbem o poder público de remunerar a organização social, embora na prática isso não ocorra.

A contraprestação pelo serviço executado nessa espécie de contrato é o pagamento de todo custo e dos riscos que envolvem a atividade, já que a organização social, além de constituída sob a forma sem finalidade lucrativa, não recebe remuneração, na qual naturalmente estariam embutidos o superávit e o provisionamento de todo o passivo da atividade. E não

⁶⁹ Digo que não há um princípio constitucional geral de licitação porque entendo que a previsão constitucional utilizou a expressão licitação apenas para designar o vocábulo que define o procedimento a ser utilizado pela administração pública para garantia e cumprimento dos princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade e moralidade. Nesse sentido, o chamamento público é um desses procedimentos que visam essa finalidade, assim como outras modalidades de seleção que não aquelas reunidas na lei de licitações.

poderia ser diferente, especialmente quando o objeto do contrato de gestão se refere a um serviço público ou de relevância pública executado no equipamento estatal. Ao término e ao cabo desse contrato, desenvolvido no âmbito de um hospital, por exemplo, cuja estrutura maior está concentrada nos recursos humanos, a organização social não absorverá as centenas de empregados e a demissão deles representa elevado custo que naturalmente deve compor a contraprestação do Estado, o qual pode resolver a forma de cumprimento mediante outros artifícios que não exclusivamente o pagamento. A transferência desse passivo ao contrato de gestão subsequente pode ser uma das formas de equalizar essa obrigação, uma vez que o serviço não admite ruptura e o zelo pela sua continuidade se impõe.

Não ignoro o problema clássico de enquadrar módulos em caixas herméticas na tentativa de agrupá-los e de inseri-los em categorias. Isso é importante para o direito que, como criação humana, tende à padronização para primeiro identificar os objetos e, segundo, para dar a cada um o tratamento respectivo⁷⁰. Todavia, um mesmo fenômeno pode apresentar mais de uma característica dominante, o que possibilita a sua classificação numa ou noutra categoria. Como exemplo, é possível considerar a existência de convênios contratuais, quando os seus termos e conteúdo se distanciam da relação exclusivamente de comunhão. Nesse caso, em que pese o nome atribuído ao módulo, o seu conteúdo exige a incidência da regulação contratual. No caso do contrato de gestão, além de ser um módulo com disciplina própria, o seu conteúdo, para além da sua nomenclatura, o aproxima da figura contratual, o que exige tratamento equivalente.

Daí a minha crítica às tentativas de enquadrar o contrato de gestão em outras naturezas que não aquela concebida pela própria lei que o criou, especialmente os esforços que o inserem na categoria de convênio, cujo arcabouço jurídico, além de demasiadamente esparso e confuso, não foi concebido propriamente para disciplinar relações contratuais.

O tratamento do contrato de gestão como tipo de contrato administrativo, ao mesmo tempo que o afasta de mimetizada figura do convênio, dissipa a discussão quanto ao arcabouço jurídico que lhe é próprio, sem, no entanto, confundi-lo com os contratos previstos na Lei nº. 8.666/93, ao passo que se apresenta como uma figura distinta que, embora pertencente à cepa contratual, goza de peculiaridades próprias disciplinadas em legislação especial.

⁷⁰ Como bem disse Carrió (1979), definições e classificações, para a dogmática jurídica, apenas possuem importância quando variam as normas aplicáveis a esta ou aquela classe, a esta ou aquela categoria, a esta ou aquela espécie (CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979, p. 99).

Também possibilita a absorção, pela lei que rege o contrato de gestão, de aparatos que servem a outros modelos contratuais, notadamente aqueles que têm como objeto as mesmas finalidades: consecução de serviços públicos e atividades públicas relevantes.

O ambiente de incerteza coíbe movimentos criativos que poderiam contribuir para a máxima efetividade e eficiência do contrato de gestão enquanto controle de resultados, como no caso do recorte desse trabalho (serviços de saúde). São exemplos a assistência médica baseada em valor e os arranjos acoplados à parceria público-privada, como aquela executada com timidez no Estado de São Paulo, que no edital da concorrência internacional nº. 001/2013 dividiu os serviços em bata branca (assistencial) e bata cinza (gestão hospitalar), e os compartilhou entre a iniciativa privada (lucrativa) e a sociedade civil organizada (não lucrativa), tudo sob o controle do poder público⁷¹.

Em arremate anoto que a consensualidade – e a administração pública consensual –, é outro fenômeno que tem ambiente em qualquer relação do poder público, não somente no terreno dos modelos ditos desinteressados (ao menos economicamente), assim como tem o mesmo lugar o direito administrativo democrático, cuja aplicação tem ainda mais razão de ser na multiplicidade de contratos celebrados pelo Estado, muitas vezes utilizados como ferramenta de concretização de políticas públicas. É o que ensina a doutrina italiana sobre os acordos administrativos, de onde emerge uma administração pública baseada no consenso⁷².

A política pública, neste caso a contratual e a de saúde, tende a se consubstanciar numa construção mais elaborada, de natureza coletiva, compatível com instrumentos de gestão

⁷¹ Estudo conduzido pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada apurou as principais razões para os gestores públicos celebrarem uma parceria com o terceiro setor, sendo elas: a incorporação de atributos ausentes da burocracia pública, que servem a esta para: i) qualificar as políticas [expertise]; ii) ampliar o alcance regional/populacional das políticas [capilaridade]; e, em sua outra face, iii) suprir a ausência de quadros para implementar as ações e atuar em consonância com as demandas e expectativas dos beneficiários [proximidade]. A participação das ONGS nas políticas públicas: o ponto de vista de gestores federais. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=22088. Acesso em 22/03/2020.

⁷² AICARDI, Nicola. *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Roma, a. 47, n. 1, p. 1-59, 1997. DAMIANI, Ernesto Sticchi. *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*. Millano: Giuffrè, 1992. CASSESE (2001) abrevia o caminho rumo à administração consensual ao defender a superação do modelo bipolar mediante a superação pelo modelo que chama de “Arena Pública”, a partir da constatação de que a atividade administrativa é produto de um conflito de interesses públicos que não possuem uma ordem de prevalência ou prioridade, de modo que a decisão administrativa passa a comportar ponderação e composição de interesses (CASSESE, Sabino. *L’Arena Pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 3. Milão, 2001, 3/605). Amparado nessas lições, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que o direito administrativo não pode mais ser explicado a partir da oposição Estado/indivíduo. O Estado depende dos indivíduos para cumprir seu papel e só existe para assegurar direitos fundamentais que são titularizados pelos cidadãos (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. *A bipolaridade do direito administrativo e sua superação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 409).

democrática. Nesse sentido, o Estado propõe uma agenda de promoção de serviços, inclusive públicos, por meio da colaboração com a iniciativa privada, sob diversos revestimentos.

Marrara (2015) explica que a consensualização é um fenômeno de construção teórico-normativa de canais jurídico-operacionais aptos a viabilizarem consenso no planejamento e na execução das funções administrativas. Esses canais assumem caráter orgânico (como a previsão de direito de voz e voto para alunos em colegiados de universidades públicas ou de representantes do povo em conselhos nacionais de políticas públicas), procedimental (como audiências realizadas no licenciamento ambiental) ou contratual (como os compromissos de cessação de prática infrativa e a própria leniência). Todos eles constituem meios para a busca do consenso nas relações entre Estado e administração, nas relações entre entes públicos ou em relações entre órgãos de um mesmo ente. Consenso significa consentimento recíproco; consensualidade indica o grau, maior ou menor, de consenso na construção ou execução das políticas públicas. Os dois termos apontam para resultados. Consensualização, por sua vez, é movimento de transformação da administração pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos⁷³.

No fenômeno da consensualização encontram-se os acordos de vontades entre administração pública e pessoas de direito público ou de direito privado, quando da avença de contratos administrativos ou de outras fórmulas negociais. Esse é o critério mais recorrente nos estudos nacionais sobre a consensualização, segundo o qual a administração pública satisfaz suas competências por meio de instrumentos tipicamente privados, assim entendidos por remeterem ao princípio da autonomia privada. Por essa razão, a consensualização é geralmente apresentada no contexto de aumento do emprego de mecanismos privados para satisfação do interesse público, sendo a contratualização sua forma mais evidente.⁷⁴

Dentre os módulos de cooperação ou contratualização figuram o contrato de gestão previsto no art. 37, §8º da CF; os convênios; os contratos de gestão federativa associada estabelecidos na Lei nº. 11.107/05 (consórcios públicos, contratos de programa e contratos de rateio); os contratos de concessão comum (Lei nº. 8.987/95) e os contratos de parceria público-privada (Lei nº. 11.079/04); o contrato de gestão celebrado com as organizações sociais (Lei nº. 9.637/98); os termos de parceria celebrados com organização da sociedade civil de interesse público (Lei nº. 9.790/99); os acordos de cooperação, termos de colaboração e termos de

⁷³ MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes*. RDDA, v. 2, n. 2, 2015, p. 510.

⁷⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de mestrado, 2010.

fomento celebrados com organizações da sociedade civil (Lei nº. 13.019/2014); dentre vários outros.

Outra compreensão da consensualização aponta para a participação administrativa, cujos principais instrumentos são a audiência e a consulta pública, hoje muito difundidas, incentivadas e algumas vezes imperativas, *ex vi*, exemplificativamente, das previsões contidas na Lei nº. 9.784/99⁷⁵, na LINDB⁷⁶ (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), na Lei nº. 13.848/2019⁷⁷ e na Lei nº. 8.666/93⁷⁸.

O tema abre discussão a respeito da sobrevivência das cláusulas exorbitantes diante do novo paradigma de administração pública consensual⁷⁹. Nas palavras de Gustavo Henrique Justino de Oliveira: surge uma “nova contratualização administrativa” (caracterizada pela ampliação da paridade entre a administração e o particular). Contratualização esta que não se reporta apenas à relação entre o poder público e os sujeitos privados, mas renova a própria visão a respeito do vínculo funcional entre o Estado e seus agentes⁸⁰.

Há certo arrefecimento – ou tentativa – da interferência do Estado. Exemplo disso é a recente Lei nº. 13.874/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e contém disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, malgrado

⁷⁵ “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”.

⁷⁶ “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”.

⁷⁷ “Art. 9º. Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados”.

⁷⁸ “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados”.

⁷⁹ As cláusulas exorbitantes são um forte resquício autoritário remanescente do absolutismo que precedeu o nascimento do direito administrativo e, segundo alguns autores, como Binenbojm (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11), o sustentou. Essa herança histórica está nitidamente presente na sobrevivência das prerrogativas da administração pública, avançando na hipertrofia do princípio do interesse público, muitas vezes utilizado como escudo para a arbitrariedade.

⁸⁰ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 576.

sua baixa aderência, bem como o Código de Defesa do Empreendedor instituído pelo Estado de São Paulo pela Lei nº. 17.530/2022.

Paradoxalmente, o comportamento do Estado frente aos contratos de gestão caminha em sentido oposto, na rota da máxima intervenção, inclusive mediante artifícios de pressão, como é o caso, por exemplo, das recorrentes instaurações de Comissões Parlamentares de Inquérito na Assembleia Legislativa de São Paulo.

O direito administrativo, originalmente vislumbrado para limitar o poder público, transformou-se num avantajado conjunto de normas e opera como que numa antítese: ao pretender restringir tão amplamente o poder público em tantas áreas e setores, aumentou qualitativa e quantitativamente as competências estatais e potencializou a criação de recíprocas limitações às pessoas privadas.

2.4 Conclusão do capítulo

A primeira parte deste trabalho foi dedicada à localização do tema e ao contexto histórico e legal do objeto da pesquisa, com o intuito de introduzir a matéria e preparar o percurso pelos próximos capítulos.

Foi demonstrado o trajeto percorrido pelo terceiro setor, a sua contribuição para as funções públicas e a sua influência nas reformas que projetaram o novo modelo de Estado, voltado mais à criação de mecanismos de incentivo do que ao monopólio público das atividades e utilidades de interesse geral. Nesse ambiente é que está inserido o contrato de gestão, cuja posição como tipo de contrato administrativo foi devidamente exposta nesta parte prefacial, de modo que no desenvolvimento do trabalho e da análise debruçada sobre esse módulo não paire dúvida a respeito da minha compreensão a respeito do arcabouço que lhe é próprio.

O processo de mudança reverberou fortemente nas relações mantidas pelo Estado, as quais passaram por transformações e inovações, dentre elas a criação do contrato de gestão com organizações sociais, além da introdução de outros módulos convencionais e da atualização dos tradicionais.

A forma como o Estado contrata passou a sofrer paulatina e sutil ruptura, o que deu margem, inclusive, ao processo acentuado de consensualização o qual potencializou a participação social na atividade administrativa estatal, que tem no contrato de gestão um dos principais expoentes dessa inserção. A consensualização é fenômeno polivalente que viabiliza o consenso não somente na solução de conflitos, mas sobretudo na participação da atividade

administrativa, o que ocorre também por meio das relações convencionais, dentre elas o contrato de gestão. Todavia, essa participação deve ser efetiva e ativa, e não somente teórica, conceitual ou protocolar.

Com isso, nesse início me preocupei em posicionar o contrato de gestão com as organizações sociais no lugar reservado a ele pela legislação, embora na prática, conforme será exposto no decorrer deste trabalho, o seu deslocamento ocorra de forma errática, o que fragiliza o módulo e coloca em risco a contribuição da sociedade para a persecução dos fins públicos objetos dele.

3 O CONTRATO DE GESTÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE

O Brasil demorou para construir uma política pública de saúde universal, somente concretizada em 1988 a partir da Constituição Federal com a criação do Sistema Único de Saúde – SUS, política nacional que exige a articulação entre todas as esferas federativas, nos moldes do regulamentado pela Lei nº. 8.080/90, inspirada no *National Health Service* – NHS, o sistema de saúde público do Reino Unido.

Até os anos 1920 a única alternativa era instituições filantrópicas, como as Santas Casas. Isso começou a mudar em 1923, com a Lei Eloy Chaves, que criou as caixas de aposentadoria e pensões (CAPs) para empresas do setor ferroviário. Os trabalhadores que contribuíssem para esse fundo recebiam assistência médica. Posteriormente, cada categoria profissional passou a ter um sistema equivalente: comerciários, industriários, bancários, até a unificação em 1966 com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Em 1977 a saúde ganhou um órgão próprio: o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que cuidava de hospitais e postos.

A saúde é um direito social (art. 6º da Constituição Federal), um direito de todos (art. 196 da Constituição Federal) e um dever do Estado (art. 196 da Constituição Federal).

As atividades prestacionais permanentes de assistência à saúde foram assumidas pelo Estado como sua responsabilidade e são qualificadas pela Constituição Federal como serviço público: o serviço público de saúde⁸¹.

Por influência da Escola de Serviço Público alguns doutrinadores adotaram conceito amplo de serviço público. Grotti (2003)⁸² afirma que o primeiro a utilizar a expressão foi Rousseau, no contrato social, com o significado de qualquer atividade estatal, ações por meio das quais se assegura aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente.

Para Cretella Júnior (1980)⁸³ serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público. Masagão (1926)⁸⁴ considera serviço público toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins. Medauar (2016)⁸⁵ afirma que o serviço público diz

⁸¹ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:”.

⁸² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19-20.

⁸³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 55-60.

⁸⁴ MASAGÃO, Mário. *Conceito de direito administrativo*. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 1926, p. 252.

⁸⁵ MEDAUAR, Odete. 2016, p. 377.

respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração Pública, inserida no Executivo, e refere-se à atividade prestacional em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva. Araújo (2014)⁸⁶ prefere o conceito amplo e defende que serviço público é toda atividade exercida pelo Estado, por meio de seus Poderes para a realização direta ou indireta de suas finalidades.

Não interessa ao presente trabalho o incurso profundo sobre a noção de serviço público. Para os efeitos desta tese basta considerar o texto constitucional, que expressamente se refere à saúde como serviço público e, na esteira da doutrina de Medauar (2016) retro mencionada, refere-se à atividade prestacional em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, neste caso a saúde⁸⁷.

A Constituição Federal também se refere aos serviços de saúde como serviços de relevância pública⁸⁸. Nesse caso, o serviço de saúde, o qual não é exclusividade do Estado, uma vez prestado pela iniciativa privada está sujeito a certas condições e cercado de garantias⁸⁹. Em razão da regulação mais intensa sobre essa atividade é que o serviço se qualifica como de relevância pública. Além disso, esse é um serviço de interesse geral, voltado à materialização do direito fundamental social à saúde, daí a preocupação destacada pelo texto constitucional com a regulamentação, fiscalização e controle.

Não à toa a saúde, além de ser um serviço público, também é qualificado como serviço de relevância pública. Está entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) propostos para a efetivação da Agenda 2030, que resultou de um processo global participativo coordenado pela ONU para o qual contribuíram governos, sociedade civil, iniciativa privada e

⁸⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 123.

⁸⁷ Nesta categoria, serviços públicos expressamente qualificados pela Constituição Federal, encontram-se atividades os serviços públicos de saúde (art. 34, inciso VII, alínea “e”; art. 35, inciso III; art. 166, §§ 9º e 10; art. 167, inciso IV; e no art. 198 e §2º; bem como art. 76-A, parágrafo único, inciso I; art. 76-B, parágrafo único, inciso I; art. 77, caput, inciso I, alínea “a” e inciso III, §3º; e art. 110, todos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [ADCT]); os serviços públicos de transporte urbano (art. 30, inciso V); e o serviço público de telecomunicações (art. 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [antes qualificados como serviço público pelo inciso XI, do art. 21, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional nº. 8, de 15 de agosto de 1995 para constar apenas serviço]).

⁸⁸ “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”.

⁸⁹ Exemplo de atenção especial ao serviço de saúde é a previsão contida na lei de locações (Lei nº. 8.245/1991), de seguinte teor: “Art. 53 - Nas locações de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas, o contrato somente poderá ser rescindido. I - nas hipóteses do art. 9º; II - se o proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável e imitado na posse, com título registrado, que haja quitado o preço da promessa ou que, não o tendo feito, seja autorizado pelo proprietário, pedir o imóvel para demolição, edificação, licenciada ou reforma que venha a resultar em aumento mínimo de cinquenta por cento da área útil”.

instituições de pesquisa. Com 17 objetivos e 169 metas, os ODS estão fundamentados nos três pilares do desenvolvimento sustentável: crescimento econômico, inclusão social e proteção ao meio ambiente⁹⁰.

Quanto à prestação do serviço de saúde a Constituição Federal atribui titularidade compartilhada ao Estado e à iniciativa privada.

A iniciativa privada é um dos atores da política pública de saúde universal. Os particulares têm assento na oferta de saúde de forma complementar (aumento da capacidade do sistema público) ou suplementar (diluição da demanda). Essa participação pode ocorrer por meio da contratação do serviço privado pelo Estado e disponibilização dele aos usuários SUS ou pela oferta do serviço pelo particular a quem escolha pagar por ele, inclusive por meio dos planos de saúde, haja vista que o sistema de saúde público é finito⁹¹.

O contrato de gestão disciplina um modelo de gestão compartilhada. Tem como objeto atividades públicas relevantes, no caso da saúde um serviço público, de modo que a definição dos protocolos e das estratégias para a condução das atividades é de competência majoritária do Estado, que compartilha com a organização social a administração dos serviços em tempo real (o plano de trabalho deve ser revisado periodicamente), um dos aspectos que diferencia essa contratação da reflexão exclusiva de atores apartados do Estado. Toda a execução dos serviços que envolvem as atividades de saúde podem ser objeto do contrato de gestão, exceto o controle e a fiscalização, os quais devem ficar sob a batuta do poder público ou de um verificador independente, conforme será desenvolvido adiante.

Em um período marcado pela crise da saúde em decorrência da pandemia causada pela COVID-19, o Estado de São Paulo abriu 73 hospitais públicos – estaduais e municipais –

⁹⁰ O ODS 3 tem seu foco principal na saúde da população. Por isso, apresenta metas como: a redução drástica da mortalidade materna (3.1), o fim das mortes evitáveis de bebês e crianças (3.2), o combate a doenças como a AIDS, a tuberculose, a malária, a hepatite, entre outras transmissíveis (3.3). Também trata da redução a um terço das mortes prematuras por doenças não transmissíveis (3.4), como hipertensão e diabetes. Já que os usos de álcool, de tabaco e de entorpecentes são graves problemas de saúde pública, eles também são alvo deste ODS (3.5). Por fim, as mortes em situações de trânsito constituem outra preocupação, expressas na meta 3.6. O acesso aos sistemas de saúde e o sistema de prevenção e de proteção do bem-estar dos cidadãos são abordados no ODS (3.7), assim como novos desenvolvimentos de vacinas e pesquisas para a melhoria da saúde no planeta (3.b). A área de saúde pública conta com indicadores bastante consolidados no mundo, com protagonismo da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão das Organização das Nações Unidas (ONU). <https://www.tce.sp.gov.br/observatorio:https://odsbrasil.gov.br/home/agenda>. Acesso em 18/05/2021.

⁹¹ Atualmente, o país soma 48 milhões de usuários de planos de saúde de assistência médica, número que cresceu 1,8% no último ano e já é o maior desde agosto de 2016. Na prática, 24,7% da população tem hoje acesso à saúde suplementar: https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2021/05/governo-quer-politica-contra-covid-em-planos-de-saude-e-especialistas-veem-riscos.shtml?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=newsjus&origin=folha. Acesso em 17/05/2021.

e criou 6.384 novos leitos em toda a rede de atendimento ao longo de 2020. A maioria deles gerenciada por organizações sociais.

O número de hospitais saltou de 199, em 2019, para 272, em 2020; um aumento de 36% das unidades disponíveis. A inauguração de hospitais de campanha para tratamento de pacientes com coronavírus, a reativação de estruturas do sistema de saúde já existentes e a divisão de unidades para atender a especialidades distintas foram os principais responsáveis pelo incremento.

Os dados foram extraídos a partir de informações colhidas junto ao Ministério da Saúde e às pastas estaduais da Saúde e da Fazenda, e abrangem 272 hospitais próprios administrados diretamente pelo Estado e/ou pelos municípios. Não estão incluídos no painel os hospitais de entidades sem fins lucrativos ou filantrópicos, como as Santas Casas.

Em 2020, os leitos disponíveis para atendimento à população também passaram de 31.923 para 38.307, sendo 3.649 nos novos hospitais e 2.735 como resultado da ampliação da rede pré-existente.

Do total de hospitais públicos disponíveis, 66 unidades estão localizadas na Capital paulista e 206 se encontram em municípios do interior e do litoral do Estado.

Ao todo, 171 hospitais (62,87%) estão sob gestão municipal e 101 unidades sob a responsabilidade do Estado – o que representa 37,13%. Destes, 102 são considerados de pequeno porte (até 50 leitos); 78 de porte médio (51 a 150 leitos); 69 de porte grande (de 151 a 500 leitos); quatro de porte especial (acima de 500 leitos) e 19 se enquadram na categoria outros, por se tratar de hospitais de campanha contra a COVID-19⁹².

A coleta e o tratamento de informações sobre saúde pública no Brasil têm uma série de referências que se aprimoram a cada ano e podem ser estudadas por meio do Datasus, o departamento de informática do SUS. Estão disponíveis estatísticas de nascimento, mortalidade, registros de incidência de doenças e até mesmo internações e custos associados.

A Rede Interagencial de Informações para a Saúde (RIPSA), formalizada em 1996 para viabilizar parcerias entre entidades dos segmentos técnicos e científicos nacionais envolvidos na produção, análise e disseminação de dados de saúde pública, é uma referência na organização de informações úteis à compreensão da realidade sanitária brasileira.

⁹² <https://www.tce.sp.gov.br/6524-estado-sp-cria-73-hospitais-e-6-mil-novos-leitos-pandemia>. Acesso em 31/05/2021, às 21h03.

O desafio, portanto, não é somente produzir informações e indicadores, mas fazer com que cada ente federativo aperfeiçoe seu processo de registro dos dados de saúde e se aproprie das estatísticas, de forma a promover melhorias substanciais no serviço público.

O contrato de gestão está inserido na forma complementar de prestação do serviço público de saúde, uma vez que o poder público executa o serviço por meio de terceiros (organizações sociais), conforme prevê o art. 197 combinado com o art. 199, §1º da Constituição Federal⁹³. A propósito, nota-se que a Constituição Federal já resolve a questão debatida sobre a classificação do contrato de gestão, na medida em que autoriza o poder público a inserir a iniciativa privada de forma complementar. Claramente a opção do legislador foi de posicionar o contrato de gestão como contrato de direito público, razão pela qual ele deve ser acolhido como um tipo de contrato administrativo regulado por legislação especial.

Não obstante, é possível verificar que na prática ainda há resistência quanto ao manuseio do contrato de gestão como módulo contratual. A cultura que ainda prevalece é a de tratar o contrato de gestão como convênio, não apenas no aspecto conceitual, mas sobretudo operacional. A estrutura organizacional, jurídica e operativa do convênio é bem diversa daquela concebida para o contrato de gestão, que tem o resultado como seu principal trunfo. Esse potencial, conforme será exposto no capítulo 4, não está sendo executado e uma das principais causas é o apego à figura do convênio, em que pese previsto no texto constitucional ao lado da expressão contrato público.

É um grande engano pensar que a era moderna prescinde do aparato estatal, como se o poder público, atravessado o século XXI, atuaria mais como figura moderadora do que ativa. É verdade que o papel do Estado passou por transformações, em especial no que tange à atuação direta da administração pública. Todavia, a histórica crise sanitária provocada pela pandemia pelo novo coronavírus nos mostrou a importância da ação estatal, concentradamente na área da saúde. Foi confirmada a existência de demanda reprimida de serviços públicos, o Sistema Único de Saúde, no Brasil um serviço universal e de escalas monumentais, mostrou sua fundamental importância para a saúde coletiva, e a participação da sociedade civil organizada mais uma vez se apresentou como elemento indispensável.

⁹³ “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”.

3.2 Os contratos de gestão de saúde no Estado de São Paulo

A história dos contratos de gestão de saúde no Estado de São Paulo começa em 1998, quando, para cumprir um compromisso de campanha, o governador Mário Covas concluía a construção de dez hospitais no Estado, mais especificamente na Grande São Paulo, e tinha como desafio colocá-los em funcionamento. Para tanto, desenvolveu-se o projeto das organizações sociais de saúde – OSS⁹⁴.

A necessidade premente de incorporar à rede de serviços de saúde dez hospitais gerais em condições de operação restringiu a proposta de OSS exclusivamente à área de saúde.

A opção por essa alternativa justificou-se, entre outros motivos, pela impossibilidade de recrutamento de recursos humanos frente às limitações financeiras determinadas pela Lei Camata, pelos modelos de padrões salariais vigentes e pelo calendário eleitoral.

O projeto se consumou na Lei Complementar nº. 846, de 1998, que define as bases do contrato de gestão celebrado entre a Secretaria Estadual de Saúde e as instituições qualificadas como organizações sociais.

As unidades hospitalares que passaram a ser objeto dos contratos de gestão fizeram parte do Programa Metropolitano de Saúde (PMS), cuja origem foi o Projeto de Expansão da Rede de Serviços Básicos de Saúde para a Região Metropolitana de São Paulo SES (1981), documento-base do contrato assinado em julho de 1984 com o Banco Mundial, para financiamento da construção de unidades hospitalares e básicas de saúde, bem como para a implementação de um novo modelo gerencial e assistencial.

O período de redemocratização cujo marco foram as eleições de 1982 para os governos estaduais, aliado às transformações implantadas no âmbito federal pelas Ações Integradas de Saúde (AIS), precursoras do SUDS e do SUS, são fatores que influenciaram a assinatura desse acordo⁹⁵.

⁹⁴ ALVES, Sonia Aparecida. *As organizações sociais de saúde em São Paulo*. Revista da GVsaúde da FGV-EAESP. Primeiro semestre de 2009 - Número 7, p. 29-30.

⁹⁵ IBÁÑEZ, Nelson; BITTAR, Olímpio José Nogueira Viana; SÁ, Evelin Naked de Castro; YAMAMOTO, Edison Keiji; ALMEIDA, Márcia Furquim de; CASTRO, Cláudio Gastão Junqueira de. *Organizações sociais de saúde: o modelo do Estado de São Paulo*. Revista Ciência & Saúde Coletiva, volume 6, número 2, 2001, p. 391-404. Os autores afirmam que o “projeto inicial da SES (1975) diagnosticava, além das péssimas condições de saúde (insuficiência de habitação e saneamento e alta concentração demográfica), uma rede de serviços públicos insuficiente, concentrada na região central do município, com baixo poder de resolução e de coordenação. As estratégias de mudança na gestão estadual a partir do PMS, foram vinculadas à capacidade de a administração pública responder de maneira eficiente ao modelo de gestão integrada de centros de saúde e hospitais, sob direção única, tendo como base as demandas de saúde da população, prevendo já à época a possibilidade de uma gestão privada (exemplo o módulo de Cotia). O PMS serviu como instrumento catalisador do processo de

Após duas alterações em 2009 e em 2014, hoje podem se qualificar como organizações sociais as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde, à cultura, ao esporte, ao atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, ao atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes, à proteção e conservação do meio ambiente e à promoção de investimentos, de competitividade e de desenvolvimento (originalmente somente eram admitidas pessoas jurídicas com atuação na saúde e na cultura).

No caso das organizações sociais da área da saúde (OSS), a lei complementar estadual determina que a organização comprove possuir serviço próprio de assistência à saúde há mais de 5 anos.

Referida legislação provocou mudança na organização dos equipamentos de saúde financiados com recursos públicos no Estado de São Paulo. O contrato de gestão paulatinamente passou a ser uma alternativa muito utilizada para o gerenciamento das unidades públicas de saúde, cujo intuito, conforme anuncia o Governo do Estado, seria a obtenção de maior qualidade e produtividade, em prol do Sistema Único de Saúde⁹⁶.

No que interessa ao presente trabalho, a Lei Complementar n°. 846/1998 é regulamentada pelos seguintes atos normativos: Decreto n°. 57.108/2011 (regulamenta dispositivos da Lei Complementar n°. 846/1998); Decreto n°. 64.367/2019 (institui o Portal Eletrônico das Organizações Sociais e aprova o regulamento eletrônico para sua utilização); Decreto n° 64.056/2018 (estabelece diretrizes para a celebração de contratos de gestão com organizações sociais); Resolução SS-36, de 23-3-2020 (aprova o teor da nova minuta de

descentralização da saúde, em virtude das diretrizes adotadas pelo governo Montoro: provocou a reforma da SES de 1986, com a mudança das estruturas regionais (GERA, 1971), estabelecendo os Escritórios Regionais de saúde (ERSAS), com grau de autonomia maior que o das direções regionais anteriores. Com base no intenso processo de municipalização ocorrido no Estado, aliado à hipertrofia da estrutura estadual dos ERSAS e à nova filosofia de redução do tamanho do Estado, em 1995, a gestão estadual da saúde promove uma mudança nos órgãos regionais da SES, reduzindo seu número de mais de 65 Escritórios Regionais no interior e 15 na região metropolitana para 24 Diretorias Regionais de Saúde, 19 e 15, respectivamente. Do ponto de vista da descentralização, o poder de coordenação dessas instâncias tornou-se cada vez mais ineficiente em função dos seguintes aspectos: em relação à rede básica, a SES não definiu de maneira clara uma política de implementação, somando-se a grande dificuldade de articulação dos serviços estaduais e municipais decorrentes das divergências políticas na condução do SUS no município, tendo como resultante a implantação do PAS na capital; em relação à rede hospitalar, os graus de inovação e principalmente de autonomia gerencial nos hospitais de administração direta foram insignificantes, facilitando a desintegração entre a rede básica e a hospitalar; quanto à política de recursos humanos, as propostas de reformulação enfrentaram dificuldades pela própria situação financeira do governo do Estado e pela legislação e políticas de gestão de pessoal ultrapassadas. Nesse contexto cujas características básicas são a presença descoordenada do setor público (Estado e municípios) na área metropolitana, a descontinuidade de políticas (o PMS foi um programa abortado nas suas concepções assistenciais e gerenciais, desenvolvendo-se, apenas, quanto ao seu aspecto físico) e a grande carência e iniquidade na oferta de serviços, insere-se a nova política relacionada às organizações sociais.”

⁹⁶ <https://portaldatransparencia.saude.sp.gov.br>. Acesso em 26/08/2021.

contrato de gestão com organizações sociais de saúde para o gerenciamento de unidades assistenciais de saúde); Resolução SS-116, de 10-12-2012 (dispõe sobre a proibição de retenção de valores, dos repasses financeiros destinados a convênios e contratos de gestão a título de taxas de administração ou equivalentes).

A Coordenadoria de Gestão e Contratos de Serviços de Saúde (CGCSS) da Secretaria de Estado da Saúde é a responsável pela contratação, avaliação e controle de serviços de saúde, o que inclui os contratos de gestão. Segundo noticia o portal da transparência e confirmou um gestor público em entrevista realizada e que faz parte do material catalográfico desta tese (anexo G), o projeto assistencial é elaborado pelas áreas de planejamento dos Departamentos Regionais de Saúde ligados à Coordenadoria de Regiões de Saúde da SES, que define as metas e o perfil assistencial para cada contrato de gestão a partir das necessidades regionais em saúde. Por meio de indicadores de qualidade, produtividade e avaliação econômico-financeira, a CGCSS gerencia e monitora o cumprimento das metas e pactuações previamente definidas em contrato de gestão. A responsabilidade direta pela administração da unidade é das organizações sociais, mas o serviço de saúde continua público – bens, mobiliários e equipamentos pertencem ao Estado e continua reservado a ele o papel de planejamento, administração e fiscalização das atividades. A realidade não é bem essa, conforme será demonstrado no capítulo 4.

Os resultados são supervisionados e avaliados por uma comissão integrada por representantes da Comissão de Saúde da Assembleia Legislativa e representantes do Conselho Estadual de Saúde. As unidades de saúde sob gerenciamento das organizações sociais são submetidas à auditoria do SUS e à avaliação de resultados pela Secretaria da Fazenda, bem como ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP).

Os serviços de saúde gerenciados por organizações sociais por meio de contrato de gestão celebrado com o Estado de São Paulo incluem Hospitais, Ambulatórios Médicos de Especialidade (AME), Centros de Referência do Idoso (CRI), Unidades da Rede de Reabilitação Lucy Montoro, Centros Estaduais de Análises Clínicas (CEAC), Serviços de Diagnóstico por Imagem (SEDI), Farmácias de Alto Custo, Centro de Armazenamento e Distribuição de Insumos de Saúde (CEADIS) e a operacionalização da Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde (CROSS). São 51 organizações sociais de saúde qualificadas pelo Estado de São Paulo⁹⁷ e atualmente são objeto de contratos de gestão 86 AMEs, 04 CEAC, 01 CEAD - Centro Estadual de Armazenamento e Distribuição de Insumos de Saúde, 03

⁹⁷ <http://www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br/filtro.php>. Acesso em 10/04/2021.

Centros de Reabilitação, 01 Centro de Referência da Saúde da Mulher, 01 Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário, 01 CROSS e 57 Hospitais⁹⁸.

3.3 Os contratos de gestão de saúde no Município de São Paulo

No Município de São Paulo estão qualificadas 45 organizações sociais⁹⁹. O contrato de gestão com organizações sociais é disciplinado pela Lei nº. 14.132/2006, regulamentada pelo Decreto nº. 52.858/2011, que autoriza sejam qualificadas como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sociais sejam dirigidas às áreas da saúde, da cultura e de esportes, lazer e recreação.

Diferente da legislação do Estado de São Paulo, a lei municipal determina a comprovação no mínimo de cinco anos de experiência em qualquer das áreas de atuação, não somente quanto à saúde.

A qualificação é realizada pelo Cadastro Único das Entidades Parceiras do Terceiro Setor (CENTS), que tem como objetivo aprimorar os mecanismos de acompanhamento, integração e gestão das diversas formas de parceria celebradas com organizações do terceiro setor, em prol da eficiência, eficácia e transparência das ações desenvolvidas pela administração municipal. É o que anuncia o portal do Município¹⁰⁰.

A Coordenação de Parcerias com o Terceiro Setor (COPATS), vinculada à Secretaria Municipal de Gestão, é responsável pela análise dos documentos enviadas para o CENTS.

Além da legislação retro citada, são fontes da pesquisa para este trabalho a Lei nº. 14.469/2007, que dispõe sobre a divulgação na internet de todos os convênios e instrumentos congêneres, com repasse de recursos públicos, celebrados com organizações credenciadas, conveniadas ou parceiras; o Decreto nº. 52.830/2011, que institui o Cadastro Único das Organizações Parceiras do Terceiro Setor; o Decreto nº. 52.269/2011, que cria, na Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão, a Divisão de Gestão de Parcerias Público-Terceiro Setor – DPTS; a Portaria nº. 34-SMG/2017, alterada pela Portaria nº. 10-SMG/2018,

⁹⁸ Dados obtidos por meio de pedido de acesso à informação, protocolo 753432116141, respondido em 23/07/2021.

⁹⁹ https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/gestao/coordenacao_de_parcerias_com_o_terceiro_setor_copats/cents/index.php?p=13877. Acesso em 10/04/2021.

¹⁰⁰ http://www3.prefeitura.sp.gov.br/SJ2008_CENTS_WEB/default.aspx. Acesso em 27/08/2021.

que regulamenta os procedimentos para operação do Cadastro Municipal Único de Organizações Parceiras do Terceiro Setor.

Também teve relevância para a pesquisa a Lei nº. 17.273/2020, que organiza a Política Municipal de Prevenção da Corrupção, e disciplina os servidores cedidos, que ficam submetidos à gerência da organização social, inclusive no que tange ao controle de frequência, programação de férias, avaliação de desempenho e sugestão, mediante relatório circunstanciado dos fatos, de aplicação de penalidade; a realização de chamamentos públicos; a pesquisa de preços para obras, compras e serviços em geral; as obrigações quanto à transparência das informações de interesse público produzidas ou custodiadas pelas organizações da sociedade civil.

Do total de 1011 equipamentos de saúde, 43 estão sob a gestão por meio de contratos de gestão; 31 sob a gestão de convênios; e 18 sob gestão por meio de outras parcerias. Em 2020 foram executados R\$ 6 bilhões em contratos de gestão, 48% do total gasto com saúde. 638 estabelecimentos são gerenciados por organizações sociais, 61% dos estabelecimentos existentes até dezembro de 2020¹⁰¹.

3.4 Conclusão do capítulo

Neste capítulo foi exposto o panorama do contrato de gestão de saúde celebrado com organizações sociais, módulo que concretiza a participação complementar da iniciativa privada no desenvolvimento do SUS, nos moldes do previsto no art. 199 da Constituição Federal, na modalidade contrato público.

Após breve histórico sobre o SUS, implantado pela Constituição Federal de 1988, foi analisada a estatura constitucional da saúde, que a posiciona como serviço público, atividade prestacional em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, e como serviço ou atividade pública relevante, o que a submete à regulação mais intensa e maiores garantias quando executado pelo particular. Além disso, a saúde também está prevista como direito social.

Em seguida foi anunciada sucintamente a realidade dos contratos de gestão no âmbito do Estado e do Município de São Paulo, com demonstração de alguns números desse módulo na área da saúde e da legislação aplicada a eles no âmbito de cada uma das referidas

¹⁰¹ Dados obtidos por meio de pedido de acesso à informação, protocolo 58394, respondido em 26/06/2021.

unidades federativas. É possível perceber que o Estado de São Paulo usa de forma mais intensa a participação complementar da iniciativa privada, enquanto no Município essa participação é mais tímida, embora ocupe espaço relevante na estratégia de saúde municipal.

A partir dos dados e informações disponibilizados pelos mencionados entes, conclui-se que as duas administrações têm estrutura normativa e organizacional para a manipulação do contrato de gestão de saúde e o tratam como um módulo característico da participação do terceiro setor na gestão da saúde pública.

4 MAPEAMENTO DOS PROBLEMAS DOS CONTRATOS DE GESTÃO DE SAÚDE E ANÁLISE CRÍTICA

Na introdução deste trabalho adiantei que a metodologia utilizada seria, além da pesquisa bibliográfica, a análise e interpretação dos textos legislativos, detidamente sobre as leis e respectivos regulamentos do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº. 846/98) e do Município de São Paulo (Lei nº. 14.132/2006), bem como exame dos contratos de gestão de saúde celebrados pelos referidos entes federativos e, ainda, da jurisprudência do Tribunal de Contas do Município de São Paulo e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

O exame da legislação foi dividido em três eixos: a) disposições sobre a qualificação; b) disposições sobre o processo de contratação; c) disposições sobre o conteúdo, a execução e os efeitos do contrato:

Quadro 1 - Modelo para análise da legislação

Lei nº.	
Assunto	
Áreas	
Qualificação	
Requisitos	
Conselho de Administração	
Contratação	
Conteúdo do contrato	
Controle	
Outros assuntos relevantes	

Tendo em vista o volume da análise da legislação, dos contratos e da jurisprudência, no corpo do texto apenas reproduzirei nos quadros 1, 2 e 3 a estrutura da pesquisa para visualização do caminho percorrido para o mapeamento dos problemas e posterior exame prospectivo. Para detalhes a respeito da pesquisa vide os anexos A e F.

A análise dos contratos de gestão ocorreu por amostragem (contratos antigos, intermediários e recentes, para possibilitar a perspectiva da evolução histórica e da atualidade, cujo objeto seja gerenciamento de unidade hospitalar, haja vista que o Estado e o Município de São Paulo têm modelos-padrão de contratos que são alterados de tempos em tempos), e foi assim sistematizada: a) análise das cláusulas relativas às obrigações das partes; b) verificação

das disposições financeiras para investigação se existe retribuição ao serviço e sob qual forma; c) investigação das previsões atinentes às sanções para constatação da verticalidade da relação e eventual excesso de unilateralidade; d) exame das disposições a respeito dos efeitos futuros do contrato, especialmente pós término da vigência, com atenção à responsabilidade civil e patrimonial; e) análise da existência de arranjo sobre os riscos e o formato da eventual matriz; f) análise das disposições referentes ao controle e fiscalização, especialmente no que tange ao acompanhamento de metas e indicadores.

Dei preferência aos contratos de gestão de gerenciamento de unidade hospitalar em razão da maior amplitude desse objeto, o que possibilita avaliação mais abrangente, sobretudo no que tange à complexidade da execução, fiscalização e matriz de riscos. Sem prejuízo, tendo em vista o corte temporal, também analisei contratos de gestão de unidades de saúde de menor porte, que se mostraram ainda mais ricos em detalhes do que os contratos das unidades hospitalares.

Quadro 2 - Modelo para análise do contrato

Contrato	
Data	
Contratada	
Objeto	
Fundamento legal	
Metas e indicadores de desempenho	
Obrigações financeiras	
Sanções	
Efeitos futuros/passivo	
Responsabilidade civil e patrimonial	
Matriz de riscos	
Controle e fiscalização	
Vigência	
Outras anotações	

A jurisprudência dos Tribunais de Contas foi analisada da seguinte forma:

Quadro 3 - Modelo para análise do processo

Processo	
Decisão	
Assunto	

Data do julgamento	
Relator	
Principais conclusões	

O recorte dos julgados analisados obedeceu ao seguinte critério: acórdãos proferidos sobre contratos de gestão de saúde, a respeito da análise formal do módulo e/ou da análise da sua execução, cujo resultado foi de irregularidade ou regularidade com ressalvas, de modo que fosse possível avaliar os problemas identificados pelos Tribunais e eventualmente a solução proposta. O acervo analisado do Tribunal de Contas do Município de São Paulo foi obtido em 26/08/2021 diretamente do Cartório do Tribunal, que gentilmente respondeu à consulta segundo os parâmetros retro mencionados e encaminhou a relação de julgados que totalizaram 24 processos. Deste total foram excluídos aqueles cujo resultado foi pela regularidade, bem como as decisões com baixa densidade para os interesses desta pesquisa, de modo que ao final restaram 12 julgados para análise. No Tribunal de Contas do Estado de São Paulo a consulta retornou com encaminhamento para pesquisa no portal do Tribunal. A busca, realizada em 08/11/2021, resultou em 575 registros de julgamentos segundo os seguintes filtros: palavra: saúde; matéria: contrato de gestão; documento: acórdão. Destes, excluídos os casos referentes a outros entes federativos (foram selecionados somente os julgados dos módulos do Estado de São Paulo) e aqueles com conclusões repetitivas ou com pouca densidade para os objetivos deste estudo, foram alvos de análise 16 decisões.

A partir da análise acima detalhada realizada pela ordem cronológica, de modo que foi possível acompanhar a evolução das matérias ao longo do tempo, cujo conteúdo completo faz parte deste trabalho como anexos A a F, identifiquei alguns temas que desafiam reflexão detida. Dentre essas matérias cito as seguintes: i) operacional (peculiaridades e problemáticas da cessão de imóvel, móveis e servidores públicos); ii) controle e fiscalização (indicadores metas e indicadores, e efetividade do monitoramento previsto na legislação e no contrato, além daquele realizado pelos órgãos externos; exame das opções de controle); iii) responsabilidade civil contratual e extracontratual (questões sobre o risco das atividades desempenhadas aos usuários do serviço público e integralmente financiadas pelo poder público, sem remuneração); iv) tratamento dos efeitos futuros do contrato (passivo gerado pela operação, sobretudo trabalhista); v) matriz de riscos (avaliação da distribuição das responsabilidades pelos eventos previsíveis); vi) regulação (embora possa se confundir com o controle, a regulação teria papel mais diretivo; todavia, ela estaria dissolvida na área objeto do contrato, neste caso a saúde, sem

especificidade para essa pujante atividade do terceiro setor)¹⁰²; vii) natureza dos recursos financeiros e impenhorabilidade; viii) interferência na organização social (participação do poder público no conselho de administração e regulamentação sobre a composição dos órgãos internos da organização social, inclusive sobre suas contratações e compras); ix) sanções (previsão e aplicação de medidas coercitivas; lógica das penalidades); x) *compliance* (possibilidade ou imperiosidade de exigência de programa de integridade parte a parte); xi) regras gerais de contratações (incidência ou não da Lei nº. 8.666/93 e da Lei nº. 14.133/2021); xii) proteção de dados pessoais (verificação do tratamento dos dados pessoais manipulados pela organização social; meditação a respeito desse ativo e da participação do poder público no tratamento); xiii) contratos em rede e rateio de despesas.

Em certa medida o resultado da análise coincide com alguns pontos abordados nas duas Comissões Parlamentares de Inquérito promovidas na Assembleia Legislativa de São Paulo¹⁰³, os quais não foram enfrentados com profundidade pela CPI, são eles: concentração de contratos em algumas organizações sociais¹⁰⁴; contratação de terceiros para o desempenho de atividades-fim (o que foi qualificado como “quarteirização”); contratação de servidores públicos pelas organizações sociais¹⁰⁵; desequilíbrio econômico-financeiro; contratação de empresa com vistas à propaganda e promoção institucional da organização social; contratação de empresa de parentes; no não cumprimento de metas; aquisição de insumos a custos superiores aos praticados pelo Governo do Estado; pagamento a dirigente acima do teto estabelecido por lei; notas fiscais sem identificação do contrato de gestão; contratação de empresas sem processo de seleção de fornecedores; despesas com pessoal ultrapassaram os limites; pagamento de honorários advocatícios devidos pela organização social; pagamento de

¹⁰² O projeto de lei do Município de São Paulo, no texto substitutivo, previa a obrigação de envio de projeto de lei, pelo Prefeito, dispendo sobre a criação de órgão regulador das organizações sociais e dos contratos de gestão. A previsão foi vetada pelo então Prefeito José Serra, sob a justificativa de que a lei contemplaria toda a regulação necessária, a ser complementada pelo decreto regulamentar. O órgão regulador, segundo o veto, careceria de finalidade específica e incidiria na sobreposição de competências e atribuições com os demais órgãos, autoridades e colegiados já designados pela lei.

¹⁰³ Ato nº. 02, de 2018, relatório final disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/cpi/?idComissao=1000000225> e Ato nº. 05/2020, relatório final disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/comissao/cpi/?idComissao=1000000601>.

¹⁰⁴ O Município do Rio de Janeiro tinha previsão, em decreto, sobre a limitação de contratos de gestão por organização social. A ideia foi abandonada, pois o Decreto foi revogado. Se, por um lado, a medida por proporcionar maior “concorrência” entre as organizações sociais, já que abriria espaço para participação, por outro lado limita as possibilidades do poder público, sobretudo a oportunidade de celebrar módulo com aquelas mais capacidades.

¹⁰⁵ A questão dos servidores públicos deve passar por análise mais ampla, a começar pelo Estatuto dos Servidores, que data da década de 1960, quando não havia a figura das organizações sociais e época na qual a demanda era bem diferente. Também é preciso verificar o impacto da vedação de relacionamento entre os servidores públicos e as organizações sociais para o serviço público, já que não é incomum que, em caso de impedimento, eles optem pelo serviço privado.

despesas denominadas “Apoio Técnico Administrativo”, tratando-se de “taxa de administração” (rateio); profissionais de saúde em quantidade insuficiente para atender à demanda e às metas pactuadas.

Diante do número considerável de temas mapeados, das dificuldades impostas pela pandemia, sobretudo para a pesquisa, do tempo para conclusão e depósito desta tese e do limite de extensão deste trabalho imposto por mim, visto que a pretensão não é desenvolver um manual para contratos de gestão de saúde, elegi algumas das matérias retro mencionadas para aprofundamento, adiante enfrentadas em tópicos, todas elas unidas pelo mesmo fio condutor ou tronco de onde se ramificam: o controle. A escolha dos temas ocorreu mediante a seleção daqueles que pudessem agregar o maior número de questões, de sorte que passarei por muitos dos pontos mapeados, embora concentradamente sobre os seguintes anunciados. São estes os grandes temas a serem desenvolvidos: controle a fiscalização; matriz de riscos e responsabilidade contratual; sanções; regras gerais de contratações; contratos em rede e rateio de despesas; proteção de dados pessoais.

Teve influência para a seleção dos referidos achados o farto material reunido na pesquisa.

O tema “controle e fiscalização” tem presença marcante: i) na legislação, conforme apontado nos anexos A e B (os quadros 6, 7 e 9, por exemplo, registram que o controle está a cargo da comissão de avaliação, da comissão de acompanhamento e fiscalização, da Câmara Municipal e da Assembleia Legislativa); ii) nos contratos de gestão, anexos C e D (os quadros 14 e 17 direcionam para a previsão de controle nos contratos, realizado pela comissão de avaliação); iii) nos julgados dos Tribunais de Contas, anexos E e F (os quadros 21, 22 e 23 destacam decisões que apontam a fragilidade do controle, respectivamente: “os indicadores e metas enunciados para o contrato de gestão em exame são embasados em parâmetros genéricos, precários e, em determinadas hipóteses, chegam a ser inexistentes, o que impede a adequada avaliação da contratada”; “não houve adequado planejamento, fixação e controle de metas consistentes”; “em comum a todas as prestações de contas analisadas sobressaem a fragilidade dos mecanismos de controle e fiscalização”).

O tema “matriz de riscos e responsabilidade contratual” foi selecionado em razão da deficiência dos contratos de gestão, que não preveem a matriz e tratam da responsabilidade contratual superficialmente. Isso se depreende: i) dos contratos de gestão que compõem os anexos C e D (a análise desse material concluiu a inexistência de matriz de riscos nos contratos); ii) dos julgados dos Tribunais de Contas, anexos E e F, que apontam falhas no monitoramento,

as quais podem ser atribuídas à escassez de definição quanto às responsabilidades; e iii) nas entrevistas, anexo G, nas quais foi unânime a resposta que confirma a inexistência de matriz de riscos nos contratos de gestão e também de reequilíbrio econômico-financeiro (Bloco 1, entrevistado LFDP, resposta à pergunta 8: “a matriz de riscos, nos contratos de gestão, normalmente, vem através da avaliação a ser realizada pelas Comissões e parâmetros de transferência de recursos em função da avaliação de desempenho”; Bloco 2, entrevistado FT, resposta à pergunta 8: “não é realizado reequilíbrio financeiro”). Referido tema também teve como critério de escolha a inspiração nos contratos de concessão, haja vista a aproximação que faço entre eles e os contratos de gestão, nos quais a matriz de riscos é ferramenta ordinária.

A seleção do tema “sanções” também percorreu o mesmo caminho. Passou: i) pela legislação, anexos A e B, ou melhor, pela insuficiência do tratamento legislativo. Esse achado desafia solução que demanda ação legislativa, ao menos no que se refere à sanção de desqualificação, conforme explicarei no tópico correspondente. Percorreu, ainda: ii) os contratos de gestão, que se limitam a reproduzir as previsões da Lei nº. 8.666/93 (nesse sentido, vide os quadros 14 a 19; todos eles fazem menção à Lei nº. 8.666/93, exceto o quadro 17, cujo contrato de gestão não prevê a aplicação da referida lei no que tange às sanções); e iii) os projetos de lei em trâmite na Assembleia Legislativa, alguns dos quais ainda insistem na aplicação da lei de licitações e contratos administrativos, como o PLC nº. 50).

Sobre o tema “regras gerais de contratação”, ele aparece: i) na fundamentação dos contratos de gestão (todos os contratos analisados citam a lei geral de licitações e contratos como fundamento da contratação – quadros 14 a 18, exceto o contrato do quadro 19). Os Tribunais de Contas também buscam fundamento na lei de licitações para justificar limitações ao contrato de gestão (nesse sentido vide quadro 46).

O tema “contratos em rede e rateio de despesas” foi extraído: i) da legislação (vide quadro 13); e ii) dos julgados dos Tribunais de Contas (vide quadro 45, por exemplo). Os contratos de gestão não tratam dessa matéria daí o interesse em desenvolver essa temática com vistas ao aprimoramento da modelagem.

Por fim, o tema “proteção de dados pessoais”, além de ser temática recente, ainda não tratada nos contratos de gestão, razão pela qual o achado recebe relevância, também tem como origem para este trabalho os debates em torno da transparência. A escolha desse tema também se deve: i) ao caso prático ao qual tive acesso (vide nota de rodapé 183 e texto na página 136); ii) à legislação que impõe o dever de transparência à organização social (vide o quadro 6 e o Comunicado SDG nº. 16/2018 do TCE/SP); iii) aos julgados dos Tribunais de

Contas (quadros 25, 39 e 42); e iv) às entrevistas (anexo G; bloco 2, pergunta 11; e bloco 3, pergunta 8).

4.1 Natureza dos recursos recebidos pela organização social

Embora essa questão não seja ponto fundamental para resposta às hipóteses desta tese, decidi abrir tópico exclusivo para debater brevemente a respeito dela, haja vista minha afirmação na introdução de que, uma vez recebidos os recursos pela organização social transferidos por meio do contrato de gestão eles perdem a natureza pública.

Evidentemente a compreensão de que os recursos manejados pelas organizações sociais não são mais considerados públicos auxiliaria no atingimento da premissa principal e basilar do contrato de gestão, o controle de resultado. Todavia, não me amparo nesse dado para perseguir as respostas buscadas neste trabalho.

Tal fato (natureza não pública) não afasta ou arrefece o controle, que continua operante, mas voltado aos resultados do contrato de gestão, principal ferramenta criada por essa modelagem concebida na reforma do Estado dos anos 1990, sobretudo quando o seu objeto é a prestação de um serviço público. O produto do contrato de gestão não é o recurso público, mas o seu objeto.

Também não impede que algumas condicionantes sejam impostas, como a existência de regulamentos de compras, contratações e seleção de pessoal, assim como limitações de despesas e de remunerações, além da incorporação ao poder público de todos os bens adquiridos. Referidas condições são simplesmente desdobramentos do controle, tendo em vista a presunção de que são necessárias para garantir o mínimo de boas práticas no caminho percorrido para o atingimento do objetivo final do contrato.

Há um mito de que os recursos públicos, em todos os modos de transferências, sempre mantêm a sua natureza e que essa condição autoriza a aplicação do regime jurídico de direito público para perseguir obstinadamente o percurso do dinheiro, o que justifica a mimetização das instituições privadas. Não por outra razão invariavelmente o erário é grafado com letra maiúscula, como se fosse uma entidade.

O contrato de gestão é compreendido, inclusive pela legislação que o regula, como uma atividade de fomento, inserida, portanto, dentre as funções do Estado.

Valim (2015) explica que a atividade de fomento implica uma atribuição patrimonial em favor dos administrados, uma ampliação da esfera jurídica dos administrados

mediante a translação de bens e direitos. No que diz respeito ao objeto deste trabalho, mencionado autor lembra que, na ordem social da Constituição Federal, há copiosa previsão da atividade administrativa de fomento, a começar pelo art. 199, segundo o qual é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas de assistência à saúde com fins lucrativos.¹⁰⁶

Ainda segundo as lições seminais de Valim (2015), o fomento se limita aos meios econômicos, dos quais deriva, invariavelmente, uma vantagem patrimonial em favor do sujeito beneficiário da atividade administrativa. Têm-se os meios de fomento que não envolvem contraprestação do particular, como é o caso do contrato de gestão, e aqueles que implicam uma contraprestação do beneficiário.

Embora no ponto a seguir referido autor se refira à subvenção, aproveito aqui as suas palavras porque ele enquadra a subvenção na função de fomento. Segundo Valim (2015), o dinheiro público transferido ao particular não remunera uma contraprestação – tal como ocorre no contrato de gestão –, apenas constitui a participação do ente administrativo na realização da atividade fomentada. Conforme já dito aqui (item 3.3), para o mencionado autor os módulos de cooperação celebrados com o terceiro setor são relações jurídicas subvencionais.

Uma vez transferidos os recursos, que se destinam a uma finalidade de interesse público, caso contrário não se justificaria a atividade de fomento, compete ao particular o dever de comprovar o regular emprego das quantias que lhe foram destinadas e os resultados alcançados por meio delas¹⁰⁷. E a comprovação do regular emprego não significa a incidência forte e exclusiva do regime jurídico de direito público, mas a demonstração de que o alcance do resultado reclamava o montante financeiro transferido e que as diretrizes e condições estabelecidas pela legislação especial e pelo módulo convencional foram observadas.

A Lei nº. 4.320/1964 trata das subvenções nesse mesmo diapasão, quando prevê que: “a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a êsses objetivos, revelar-se mais econômica” (art. 16), e: “[o] valor das subvenções, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados” (art. 16, parágrafo único).

¹⁰⁶ VALIM, Rafael. 2015, p. 57 e 60.

¹⁰⁷ VALIM, Rafael. 2015, p. 145.

Nesse sentido é a minha provocação de que não se impõe o regime jurídico de direito público simplesmente pela origem dos recursos, mas a incidência parcial, com as devidas proporções, desse regime ao particular se deve tão somente em razão das finalidades impostas pela função administrativa de fomento e pelo objeto do módulo respectivo, o contrato de gestão, cujo fim é o controle de resultados e não a fiscalização formal e burocrática.

4.2 Controle e fiscalização

O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), como já dito no segundo capítulo, incluiu o contrato de gestão como parte da agenda de compromissos institucionais e de apoio à modernização da gestão, por meio do qual deveriam ser definidas medidas para o realinhamento estratégico estrutural mediante a delimitação de sua missão, a identificação precisa do conteúdo, do público alvo, de objetivos e metas claramente definidos, da definição da estrutura organizacional e da tecnologia a serem utilizadas, além do desenvolvimento de metodologias na área de planejamento, avaliação de desempenho, informatização, recursos humanos, custos e regulamentação específica para investimentos.

Mais de duas décadas após a concepção e introdução do contrato de gestão no leque de opções de contratualizações públicas, o controle de resultados ainda avança com dificuldades. É possível notar o tímido progresso, daí a minha afirmação nesse sentido, a partir da pesquisa que compõe os anexos deste trabalho. As decisões mais antigas dos Tribunais de Contas eram recorrentes quanto aos apontamentos de fragilidade da fiscalização desse módulo pelo poder público, cujo controle se inicia pela construção dos indicadores e das metas. Os julgamentos analisados são pródigos em considerar insuficientes, pouco objetivos e demasiadamente genéricos os critérios previstos nos contratos de gestão de saúde, quando previstos, e conseqüentemente o controle da execução, na medida em que sem parâmetros não é possível aferir a efetividade e a eficiência das atividades desenvolvidas¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Exemplificativamente Anexo E, quadro 20 (“Não há relatório que monitore a qualidade dos serviços prestados no Hospital São Luiz Gonzaga...”; “Não há inclusive, nenhum indicador de produtividade, o que também não permite a avaliação de desempenho da instituição contratada, da mesma forma inviabilizando a avaliação por parte do controle externo e do controle social.”), quadro 21 (“Os indicadores e metas enunciados para o contrato de gestão em exame são embasados em parâmetros genéricos, precários e, em determinadas hipóteses, chegam a ser inexistentes, o que impede a adequada avaliação da contratada.”), quadro 22 (“Não houve adequado planejamento, fixação e controle de metas consistentes, a fiscalização foi omissa...”); e Anexo F, quadro 35 (“De fato, é patente a ausência de dados quantitativos e qualitativos fornecidos pela Origem, segregados, no mínimo, por especialidades médicas/consultas, atendimentos assistenciais, exames laboratoriais, atividades de reabilitação etc.”), e quadro 36 (“O programa de trabalho proposto pela organização social e a estipulação das metas a serem

As decisões dos Tribunais de Contas analisadas demonstram claramente que o controle externo reconhece o fato de que o contrato de gestão foi concebido como um instrumento de fixação e execução de metas. Em vários dos seus votos o Conselheiro Maurício Faria, do TCM/SP (quadro 25), por exemplo, partiu dessa premissa, e formulou algumas indagações diante da realidade posta nos processos quanto ao planejamento de política pública de saúde para a ação administrativa, a partir de um diagnóstico da situação preexistente, de forma a estruturar o estabelecimento das metas almejadas.

Tendo em vista que nesse modelo prioriza-se a noção de administrar por resultados e a possibilidade de identificar no contrato de gestão as medidas necessárias para uma fiscalização efetiva e eficaz quanto aos resultados; e considerando que se pretende assegurar a qualidade e a efetividade dos serviços; a capacidade operacional da organização social precisa ser concretamente dimensionada a partir do específico objeto, não deve representar mera formalidade despreendida do dimensionamento dos serviços e do alcance dos resultados pretendidos¹⁰⁹.

Igual ressalva é consignada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (*e.g.* quadros 35, 35 e 36) que em diversos casos considerou que as orientações constantes dos contratos de gestão de saúde são genéricas e os indicadores tímidos e superficiais, o que não permite o efetivo controle de resultado. A análise, pelo controle externo, dos anexos técnicos desses módulos concluiu que o necessário diagnóstico prévio não foi realizado pelo poder público, uma vez que a atribuição quanto aos diagnósticos de situação surgiu como tarefa da própria organização social, o que faz concluir que o contrato foi celebrado sem que a administração pública traduzisse a realidade concreta e específica existente para, a partir desta apreensão da realidade local, fixar ela própria as metas a serem alcançadas pela organização social, inclusive quanto aos meios adequados para tanto.

Na medida em que a fiscalização e o controle de resultados consubstanciam o grande diferencial e o maior atrativo desse módulo, não há como prescindir do estabelecimento de critérios objetivos, fundados e bem delimitados para aferição dos serviços executados pela organização social.

É o mesmo raciocínio aplicado aos serviços sociais autônomos, guardadas as devidas proporções, conforme bem explicam Marques Neto e Cunha (2013), que afirmam que

atingidas devem ser específicos, inclusive no tocante ao aspecto orçamentário, com estudo sobre custos fixos e variáveis dos itens que compõem essas metas.”).

¹⁰⁹ Relativamente à qualificação como mera formalidade voltarei a tratar desse assunto no item 4.5 deste capítulo, pertinente às regras gerais de contratações.

o controle a cargo das Cortes de Contas deve ser finalístico em relação aos serviços sociais autônomos, deve focar na garantia de cumprimento de suas finalidades institucionais e na adequada utilização dos recursos públicos repassados, respeitados seus regramentos internos (vetor de autonomia)¹¹⁰.

Em igual sentido caminha a análise dos contratos de gestão de saúde. Embora tenham sido inseridos indicadores nas diversas versões padronizadas desses módulos, paulatinamente, o controle que sobressai é o de legalidade, essencialmente voltado à formalidade e influenciado pela junção à responsabilização, o que abre espaço para o abuso do poder de fiscalização e extrapolação dos limites de controle e interferência na esfera privada. Exemplos disso é a ausência de indicadores de desempenho suficientes, o que conduz à consequente conclusão de que o controle não passa pelo resultado, já que inexistentes parâmetros para essa avaliação.

A situação deficiente que se apresenta a partir das análises dessa pesquisa não decorre da insuficiência de fiscalização. O sistema de controle está distribuído, no mínimo, aos seguintes atores: Conselho Administrativo, Conselho Fiscal, Comitê de Monitoramento e Controle, Secretaria de Saúde (por meio das diversas comissões previstas na legislação e nos contratos de gestão), Corregedoria/Controladoria, Ministério Público, Conselho de Saúde, Tribunal de Contas, Conselhos Profissionais, Cidadão. A complexidade do Sistema Único de Saúde (SUS) leva à atuação, ainda, de múltiplos órgãos de controle, o que inclui, conforme o caso, o SNA – Sistema Nacional de Auditoria, do qual faz parte o Departamento Nacional de Auditoria do SUS e os órgãos municipais e estaduais descentralizados.

Além disso, não há disciplina sobre o procedimento de análise e julgamento das prestações de contas no âmbito do órgão contratante, não obstante a possibilidade de aplicação da lei de processo administrativo respectiva. Essa lacuna dificulta o entendimento sobre o rito desse procedimento de controle, o que contribui para a ausência de organização e segurança da fiscalização.

4.2.1 Os atores do controle e fiscalização

Esta pesquisa aponta para a ausência de racionalização e, por mais paradoxal que pareça, de eficiência do controle. Por exemplo, alguns atores podem municiar os demais com

¹¹⁰ Marques Neto, Floriano de Azevedo, & Cunha, Carlos Eduardo Bergamini. (2013). *Serviços sociais autônomos*. Revista De Direito Administrativo, 263, 135–174, p. 172.

material e ferramentas para o exercício do controle, como os conselhos profissionais por meio dos relatórios de visitas. Outros atores deveriam conciliar suas atividades, de modo a facilitar a identificação das fragilidades e o aprimoramento dos mecanismos de avaliação da execução desses contratos. É o caso dos órgãos intestinos da organização social e do controle interno do poder público, bem como do controle externo, sobretudo do Tribunal de Contas, com o controle interno da administração pública. Deveria haver mais harmonização entre a atuação dos diversos organismos da entidade privada, do poder público e do controle externo, como por exemplo pelo compartilhamento de informações reunidas a partir de achados que impactam no desempenho e até na regularidade do contrato. Caso o controle interno da organização social ou da auditoria contratada, conforme imposição legal¹¹¹, detecte alguma falha na execução, essa informação deveria ser encaminhada aos demais atores para que eles insiram a situação na sinalização nas suas atividades, inclusive aproveitando-a para contratos com outras organizações sociais.

Não tive notícia sobre a execução efetiva do diálogo e atuação conjunta entre os primeiros órgãos retro, ou seja, sobre a cooperação entre o conselho de administração da organização social e as diversas comissões do poder público e vice-versa. É possível e desejável o intercâmbio entre esses sistemas internos, de maneira que um funcione de retroguarda para o outro, o que seria resultado da confiança recíproca entre esses atores. A falha detectada por um deveria ser compartilhada com o outro parceiro para aperfeiçoamento do controle e principalmente para alimentação da matriz de riscos e respectivo tratamento.

Quanto à otimização do relacionamento entre o controle interno e o controle externo, o que observo é a reiteração de algumas falhas pelo Tribunal de Contas e pouca efetividade e reação positiva ou aderência do poder público, como a já citada ausência de indicadores de desempenho, a ausência de estudos sobre o perfil da unidade e a deficiência da avaliação dos custos e do financiamento do serviço.

Por outro lado, a postura do Tribunal de Contas não é participativa, mas acentuadamente protocolar. O controle externo se limita a apontar os problemas e não se envolve na solução deles, isso porque o controle é mais concentrado na análise posterior da execução e pouco desenvolvido simultaneamente ao desenvolvimento do contrato mediante fiscalização coordenada, recentemente implantada pelo TCE/SP. Por meio deste expediente

¹¹¹ *E.g.* Lei Complementar n.º. 846/1998: “Artigo 4º - Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser incluídas entre as atribuições privativas do Conselho de Administração: IX - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.”.

eventuais falhas ou fragilidades podem ser corrigidas em tempo real, diferentemente daquelas que são apontadas em exame distante dos fatos, cuja correção é incorporada tardiamente ou sequer implantada em razão de eventual disparidade entre a situação pretérita e a contemporânea. Talvez isso se altere no futuro próximo com as determinações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sobretudo no que se refere ao comando que impõe a consideração das dificuldades práticas do gestor e das consequências das decisões¹¹².

4.2.2 Estoque normativo do controle

Outro fator que contribui para a ineficiência do controle é a ausência de normatização padrão dos Tribunais de Contas, na medida em que cada Corte tem sua regulamentação própria a respeito da fiscalização dos contratos de gestão, citadas logo em seguida, o que impõe aos gestores critérios e parâmetros diversos. É comum, por exemplo, nas decisões do Tribunal de Contas do Município de São Paulo a aceitação dos efeitos financeiros do contrato de gestão, não obstante o apontamento de alguma irregularidade¹¹³. Todavia, não encontrei na legislação ou em atos infra legais a definição e os critérios para que essa solução seja aplicada, bem como não localizei aplicação semelhante no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Na 3.166ª sessão do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, realizada no dia 04 de agosto de 2021¹¹⁴, os conselheiros debateram a possibilidade de fiscalização direta das organizações sociais de saúde pelo Tribunal. A proposta, de autoria do conselheiro Eduardo Tuma, é objeto de análises internas, conforme narrou o presidente João Antônio. A justificativa da mudança estaria relacionada ao elevado valor dos repasses destinados por meio dos contratos

¹¹² “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”.

“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. §1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

¹¹³ Anexo E, quadro 29: “Planejamento, ordenação, coordenação e provisão dos serviços de diagnóstico por imagem. Falta de planejamento. Ausência de controle mensal de gastos, ocasionando excedente ou déficit no repasse. Descontrole das transferências financeiras. Deficiências vinculadas à ausência de efetiva avaliação. Falhas graves de controle interno. Precedentes. IRREGULAR. MULTA. DETERMINAÇÕES. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação por maioria.”. Em igual sentido: TC/000135/2011: “RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. SMS. Decisão que julgou irregular a execução do contrato. operacionalização do gerenciamento, apoio à gestão e execução das atividades e Serviços de saúde. SMS. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDOS PARCIALMENTE para aceitar os efeitos financeiros. Votação por maioria.”.

¹¹⁴ Disponível em <https://youtu.be/FIMInLAOw-s>.

de gestão. Além de prestar contas ao órgão contratante, as organizações sociais passariam a fazê-lo diretamente ao TCM/SP.

As principais ponderações sobre o assunto foram feitas pelo conselheiro Maurício Faria, que apresentou ressalvas sobre o modelo proposto. O conselheiro Eduardo Tuma equiparou as organizações sociais às empresas estatais (grave equívoco que prejudica a reflexão sobre as soluções que podem ser incorporadas ao contrato de gestão) e justificou a partir dessa comparação a adoção do modelo de envio da prestação de contas diretamente ao Tribunal.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não recebe a prestação de contas diretamente das organizações sociais, conforme disciplina as Instruções nº. 01/2020¹¹⁵.

O próprio ato normativo do TCM/SP (Instrução nº 01/08) determina que os documentos referentes ao controle dos contratos de gestão sejam remetidos diretamente pelas Secretarias Municipais¹¹⁶.

A proposição discutida no TCM/SP, a depender de sua exata configuração, pode ensejar um cenário de baixa eficiência e até de insegurança jurídica, conforme observa Donnini (2021)¹¹⁷. Parece que essa iniciativa tenta suprir a deficiência do controle exercido pelo Município de São Paulo, objeto de ressalvas nos julgamentos, conforme se observa no anexo E desta tese¹¹⁸.

¹¹⁵ “Art. 1º - Subordinam-se a estas Instruções, de acordo com suas especificidades, e, no que couber, os seguintes Órgãos e Entidades Públicas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, das esferas Estadual e Municipal: Na área estadual: o Poder Executivo; as unidades gestoras dos órgãos do poder executivo; as autarquias; as fundações; a entidade de previdência estadual; as entidades fechadas de previdência privada; as sociedades de economia mista e suas subsidiárias; as empresas públicas; o poder legislativo; a unidade gestora do Poder Legislativo, inclusive do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo; o Poder Judiciário e o Ministério Público do Estado de São Paulo; as unidades gestoras e os órgãos do Poder Judiciário; na área municipal: as Prefeituras; as Câmaras; as autarquias; as fundações; as entidades de previdência; as sociedades de economia mista e as empresas públicas; os consórcios intermunicipais; e os consórcios públicos (Lei Federal nº. 11.107, de 06 de abril de 2005)”. Ainda, TC/001808/2009. “Art. 160. Os órgãos da administração direta do Poder Executivo, as respectivas autarquias, fundações, inclusive as de apoio, consórcios intermunicipais e consórcios públicos, deverão informar, via sistema AUDESP (módulo Seletividade de Ajustes Terceiro Setor), os dados relativos aos ajustes tratados nesta Seção”. Nota-se que quem encaminha diretamente ao Tribunal os documentos pertinentes à fiscalização são os órgãos públicos e não as entidades do terceiro setor.

¹¹⁶ “I- As Secretarias Municipais que firmarem contrato de Gestão com as Organizações Sociais deverão remeter a este Tribunal de Contas, até o dia vinte do mês subsequente, cópia dos contratos de Gestão celebrados no mês anterior, acompanhados da reprodução da seguinte documentação:”.

¹¹⁷ DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. *A fiscalização direta das organizações sociais de saúde pelo TCM-SP*. Consultor Jurídico, 20 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-20/donnini-fiscalizacao-organizacoes-sociais-saude-tcm-sp>. Acesso em 08/11/2021.

¹¹⁸ Anexo E, quadro 18 (“Não há relatório que monitore a qualidade dos serviços prestados no Hospital São Luiz Gonzaga...”; “Não há inclusive, nenhum indicador de produtividade, o que também não permite a avaliação de desempenho da instituição contratada, da mesma forma inviabilizando a avaliação por parte do controle externo e do controle social.”), quadro 19 (“Os indicadores e metas enunciados para o contrato de gestão em exame são embasados em parâmetros genéricos, precários e, em determinadas hipóteses, chegam a ser inexistentes, o que impede a adequada avaliação da contratada.”), quadro 20 (“Não houve adequado planejamento, fixação e controle de metas consistentes, a fiscalização foi omissa...”); e Anexo F, quadro 33 (“De fato, é patente a ausência de dados quantitativos e qualitativos fornecidos pela Origem, segregados, no mínimo, por especialidades médicas/consultas,

Em que pese o hipercontrole dos contratos de gestão, haja vista a diversidade de órgãos encarregados da sua fiscalização, ainda não se alcançou a fórmula mais eficaz e efetiva, conquanto as falhas no que tange ao controle de resultados continuam ocorrendo, o que demonstra que a sindicalização dos contratos não resultou em aprimoramento do modelo no que tange à sua principal característica, a vocação gerencial. Dentre algumas medidas que poderiam ser empregadas para alcançar esse objetivo, pouca tecnologia foi incorporada às atividades de fiscalização. Por exemplo, ainda não foi absorvida pelo controle, interno ou externo, a análise preditiva de irregularidades¹¹⁹, ferramenta que pode facilitar a avaliação do imenso volume de informações produzidos no âmbito dos contratos de gestão. Malgrado a evolução dos instrumentos tecnológicos, há pouca ou inexistente automação do controle.

4.2.3 Automação do controle

Não é incomum que os processos de prestação de contas dos contratos de gestão de saúde perfaçam milhares de folhas, impossíveis de serem adequadamente avaliadas, uma vez que o expediente se avoluma mês a mês, sobretudo em unidades federativas que utilizam esse módulo em outras áreas, não somente na área da saúde. Diante dessa realidade, urge que a administração pública ingresse definitiva e plenamente no universo do serviço digital. A inteligência artificial pode auxiliar de forma muito competente a análise de situações burocráticas, como aquela que dificulta a apreciação das prestações de contas em razão do alto volume de documentos, que em grande parte se referem unicamente a questões formais, embora não necessariamente irrelevantes.

Somente a partir de 2016 o TCE/SP incluiu na sua regulamentação sobre o controle dos contratos de gestão (Instruções nº 01/2016) a exigência de apresentação de relatório anual da organização social sobre a execução técnica e orçamentária do contrato de gestão que contenha comparativo específico das metas propostas com os resultados quantitativos e qualitativos alcançados, e justificativas para as metas não atingidas ou excessivamente superadas. Obviamente, para que seja possível produzir o referido relatório é necessário que o

atendimentos assistenciais, exames laboratoriais, atividades de reabilitação etc.”), e quadro 34 (“O programa de trabalho proposto pela organização social e a estipulação das metas a serem atingidas devem ser específicos, inclusive no tocante ao aspecto orçamentário, com estudo sobre custos fixos e variáveis dos itens que compõem essas metas.”).

¹¹⁹ Análise preditiva é uma ramificação da análise avançada que faz predições sobre os resultados futuros usando dados de histórico combinados com modelagem estatística, técnicas de mineração de dados e *machine learning*.

contrato de gestão contenha previsão das metas e indicadores, elaborados a partir da predição construída pelo planejamento embasado nos dados históricos. Os contratos de gestão de saúde posteriores ao referido normativo ainda não foram julgados pelo Tribunal de Contas, ao menos não foram localizados julgamentos a respeito de contratos celebrados após o ano de 2016 na pesquisa que compõe o anexo F deste trabalho, razão pela qual ainda não é possível avaliar o impacto da medida na prática. Todavia, a análise dos contratos de gestão celebrados pelo Estado de São Paulo em data posterior ao referido ato infra legal não demonstra absorção do precitado comando do controle externo, embora provavelmente o reflexo desse estímulo apenas será sentido após os julgamentos sob a incidência da nova regra.

Aliás, outro elemento importante nesse complexo conjunto que faz parte da prática do módulo em exame é a excessiva demora do controle, mormente o controle externo. Há casos julgados mais de 5 anos após a execução, alguns até mesmo anos depois de já encerrado o contrato. O distanciamento temporal dificulta o acompanhamento e conciliação entre a prática administrativa e os achados do controle, o que alonga demasiadamente as oportunidades de reflexão e ação quanto aos necessários ajustes.

Para evitar o ambiente de insegurança e proteger os direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados, os Tribunais de Contas têm adotado a prática de arquivamento dos processos autuados há mais de 5 anos, prazo no qual se opera a prescrição.

Foi o que fez o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Resolução nº. 03/2020¹²⁰) e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo (Resolução nº. 19/2021¹²¹).

¹²⁰ “Artigo 1º - Os processos físicos autuados há mais de 05 (cinco) anos serão arquivados, no estado em que se encontram, mediante despacho do Relator devidamente publicado na imprensa oficial, com as seguintes exceções: I – contas anuais do Governador do Estado, da administração financeira dos Municípios, bem como dos gestores e demais responsáveis por bens e valores públicos da administração direta e autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público; II - contratos e atos jurídicos análogos ainda vigentes e/ou sob acompanhamento da execução pelos órgãos da Fiscalização, a teor do disposto na OS SDG nº 01/2012; III - contratos de gestão, termos de parceria, convênios, termos de colaboração, termos de fomento e acordos de colaboração, e correspondentes prestações de contas, se aqueles ainda estiverem vigentes; IV - atos de admissão de pessoal para provimento de cargos efetivos; V - processos de qualquer natureza em fase recursal; VI - ações de revisão e rescisão de julgado; VII - prestações de contas de despesas processadas sob o regime de adiantamento de que tratam os artigos 42 a 50 da Lei Complementar nº 709/93; VIII - consultas a que se refere o inciso XXV do artigo 1º da Lei Complementar nº 709/93; IX - processos retirados de pauta, nos termos regimentais.”

¹²¹ “Art. 1º Os processos de controle externo que, na data da publicação desta Resolução, tenham sido autuados há 5 (cinco) anos ou mais, serão arquivados, no estado em que se encontram, mediante despacho do Relator, devidamente publicado na imprensa oficial, com as seguintes exceções: I – contas anuais do Prefeito, da Câmara Municipal de São Paulo e do próprio Tribunal, bem como dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos da administração direta e autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público; II - contratos e atos jurídicos análogos ainda vigentes; III – subvenções e auxílios, contratos de gestão, termos de parceria, convênios, termos de colaboração, termos de fomento e acordos de colaboração, e correspondentes prestações de contas, se aqueles ainda estiverem vigentes; IV - aposentadorias e pensões; V - processos de qualquer natureza em fase recursal, inclusive a revisão de julgado; VI - processos já julgados e pendentes de comunicação processual; VII - prestações de contas de despesas

4.2.4 Indicadores de desempenho e métricas

Embora seja notável a evolução quanto aos critérios de avaliação dos resultados, sobretudo nos contratos do Município de São Paulo, o que ainda prevalece são orientações genéricas e indicativos tímidos e superficiais, que não permitem o efetivo controle de resultado. Abaixo, por exemplo, os indicadores do contrato de gestão 001.0001.000.456/2006 (anexo D, quadro 18), limitados a quatro singelas métricas pouco desenvolvidas:

Figura 1 - indicadores de desempenho do contrato de gestão 001.0001.000.456/2006

PESOS PERCENTUAIS DOS INDICADORES DEFINIDOS PARA O ANO DE 2007

INDICADOR	1º trimestre	2º trimestre	3º trimestre	4º trimestre
Melhoria Contínua em Obstetrícia	25%	25%	25%	25%
Controle de Infecção Hospitalar	25%	25%	25%	25%
Mortalidade Operatória	25%	25%	25%	25%
Mortalidade por Infarto Agudo do Miocárdio (IAM)	25%	25%	25%	25%

Os contratos de parceria público-privada da área da saúde, especificamente o modelo que conjuga a iniciativa econômico-lucrativa e as organizações sociais, são bons exemplos de referência. O Estado de São Paulo está executando o modelo inovador da divisão das atividades hospitalares em bata cinza (administração hospitalar) e bata branca (assistência), objeto da concorrência internacional edital 001/2013. A bata cinza foi objeto de contrato de concessão e a bata branca de contrato de gestão. Tendo em vista que estão incluídos na bata cinza obras e investimentos em infraestrutura, de modo que as atividades das interessadas estariam concentradas no ramo da construção civil, sem expertise, portanto, na área da saúde, o edital autorizou a subcontratação de entidade filantrópica ou sem fins lucrativos para os serviços de gestão hospitalar. No edital e contrato de concessão celebrado há nada menos que 175 indicadores, enquanto nos contratos de gestão, quando há, eles não passam de meia dúzia (anexos C e D).¹²²

processadas sob o regime de adiantamento de que trata o art. 19, inc. IV da Lei Municipal nº 9.167/80; VIII - consultas a que se refere o art. 29 da Lei Municipal nº 9.167/80; IX - processos cujo julgamento tenha sido adiado nos termos do art. 172 do Regimento Interno; X - processos com apontamento inequívoco e quantificado de prejuízo ao erário; XI - Parágrafo único Os processos citados no inciso X poderão ser arquivados desde que o valor do prejuízo apurado seja inferior ao limite previsto para não ajuizamento de ações ou execuções fiscais de débitos tributários e não tributários disposto no art. 1º da Lei Municipal nº 14.800/2008.”.

¹²² Edital da PPP, com o anexo referente aos indicadores disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiRqM7bx5D0AhWqr5UCHajkAscQFnoECAMQAO&url=http%3A%2F%2Fwww.parcerias.sp.gov.br%2FParcerias%2FDocumento%2FDownload%3Fcodigo%3D2257&usg=AOvVaw0adb01_tqysugml0gdI5ID

Os contratos de gestão analisados se limitam aos seguintes indicadores: indicadores de produção de serviços (meta quantitativa): atendimento ambulatorial e de pronto-socorro; atendimento hospitalar (saídas, média de permanência mínima); e indicadores de qualidade dos serviços (meta qualitativa): taxa de cesárea: inferior¹²³; taxa de infecção hospitalar; taxa de letalidade hospitalar; indicadores de satisfação dos usuários; e pesquisas com frequência anual entre os usuários do hospital.

Relativamente às metas quantitativas, os resultados podem ser afetados por fatores exógenos ao contrato de gestão, como, por exemplo, as deficiências apresentadas pela rede básica, a demanda reprimida, a porta aberta no pronto-atendimento e até mesmo a regulação da disponibilidade das unidades e encaminhamentos (função exercida, no Estado de São Paulo, pela Central de Regulação de Ofertas e Serviços de Saúde – CROSS), além de eventual déficit no financiamento das atividades, inclusive atrasos e inadimplência do poder público.

Quanto às metas qualitativas, os critérios são excessivamente genéricos. A taxa de mortalidade depende, por exemplo, do funcionamento e do entendimento das comissões de prontuário e de óbitos a respeito das causas da mortalidade, se decorrentes ou não de alguma falha da assistência ou se provenientes da evolução do quadro da patologia, que não têm homogeneidade, bem como da análise circunstancial dos registros quanto à qualidade da assistência e a oportunidade da intervenção realizada.

Já a satisfação do usuário não espelha com precisão a realidade, sobretudo porque não há, pelo menos não localizei, a necessária definição sobre os critérios metodológicos que permitam análise mais consistente a respeito da manifestação dos utentes¹²⁴. Por exemplo, a avaliação do atendimento deve ser baseada em elementos objetivos, com escalonamento da

¹²³ Não está claro, aliás, o que significa número de cesárea inferior. Provavelmente a questão se refira à problemática da discussão sobre o parto humanizado, processo a partir de um olhar que entenderia tanto a mulher quanto o bebê numa visão mais humana e acolhedora, em oposição ao modelo tradicional, o que suscita muita polêmica. Isso demonstra cabalmente a necessidade de estudos científicos para embasamento da construção dos indicadores, quiçá a exigência de audiência ou consulta pública.

¹²⁴ Sandel (*A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021) afirma que a abordagem tecnocrata de governança trata várias questões públicas como questões técnicas que estão além do alcance de cidadãos comuns. Isso significa a impossibilidade de ascensão das classes inferiores e a perda crescente de poder das pessoas que pertencem à categoria vulnerável da sociedade. No caso dos contratos de gestão essa lógica afasta a preocupação com o usuário e atribui o fracasso do serviço exclusivamente à organização social, que não teria respondido aos incentivos previstos no plano de trabalho. Ignora-se por completo a participação do poder público contratante e as necessidades humanas que devem ser atendidas pelo contrato. As metas e métricas são avaliadas somente sob a perspectiva de uma projeção considerada a partir de dados exclusivamente numéricos, sem estudo quanto aos fatores que compõem os quantitativos, como por exemplo perda da renda, descrédito do serviço privado, esperança no serviço público decorrente da excelência de alguns equipamentos, enfraquecimento da escolaridade e diminuição da qualidade do trabalho, novos hábitos e problemas à saúde causados por eles, e até sequelas ou consequências de algumas doenças no médio e longo prazo, como aquelas provocadas pelo covid19.

satisfação e justificativa, e não apenas em resposta afirmativa ou negativa do usuário, sem maiores detalhes a respeito do grau de satisfação.

É possível encontrar módulos com indicadores relativos aos recursos humanos que incluem a produtividade de alguns setores, políticas de terceirização¹²⁵ (relação percentual entre pessoal próprio e terceiros), dados financeiros (despesa comparada ao gasto total) e da morbidade hospitalar, sem critérios a respeito da apuração sobre o cenário que se espera seja alcançado. Por exemplo, como se dá a avaliação da produtividade, pela quantidade de atendimentos ou pela qualidade e resolutividade da assistência? Qual a relação entre o maior ou menor percentual de terceirização e o atendimento ao usuário? A produtividade qualitativa (menor número de atendimentos e maior resolutividade dos casos atendidos) justifica eventual majoração da despesa, com impacto nos dados financeiros?

Também foram incorporadas recentemente às metas quantitativas os prêmios e certificações obtidos pela organização social quanto à assistência e adequação dos processos utilizados, como ONA, *Health Kitchen* etc. Há diversas certificações, inclusive ISO, para as atividades de saúde. Além de indicadores de qualidade, o poder público pode conciliar essa avaliação qualitativa com a exigência – e a previsão do caminho para obtenção – dessas certificações ou selos, o que, aliás, facilita o trabalho do controle voltado para a análise do resultado.

Revela-se ainda a importância de indicadores direcionados aos processos, como, por exemplo, avaliação da forma de recrutamento e seleção, treinamento, cargos e salários, e de sistemas de informação, especialmente práticas referentes à proteção de dados, e ainda a pontualidade em caso de consulta/exame agendados e cirurgias.

O Estado e o Município deveriam assimilar a experiência precitada na parceria público-privada e incorporá-la nos contratos de gestão. Essa e outras experiências exitosas de concessão, cujos contratos são mais sofisticados e contém metas, indicadores e matriz de riscos, passam distantes dos contratos de gestão, em que pese sua principal promessa seja o controle de resultados.

Além disso, é possível o aproveitamento – e conciliação – do planejamento exigido pela Lei nº. 8.080/1990¹²⁶, que é comumente citada como fundamento para assinatura dos

¹²⁵ Os três tipos de terceirização mais comuns são: sistema de apoio administrativo (lavanderia, limpeza, manutenção e segurança); apoio de diagnóstico e terapêutico (imagem, sangue, laboratório clínico, anatomia patológica, anestesia); e serviços médicos.

¹²⁶ “Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete: I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em

contratos de gestão (vide quadros dos anexos C e D¹²⁷), para alimentação da construção das metas e indicadores desse módulo convencional. O Decreto Federal nº. 7.508/2011, que regulamenta a citada lei, prevê, inclusive, o estabelecimento de metas de saúde¹²⁸. Assim como as diretrizes previstas nos estatutos de proteção e defesa dos usuários de serviços públicos (Lei Federal nº. 13.460/2017, Lei Estadual nº. 10.294/1999 e Lei Municipal nº. 14.029/2005). Se essas determinações normativas são atendidas pelo poder público, o seu resultado deve compor os estudos que subsidiam a construção do plano de trabalho do contrato de gestão de saúde e os indicadores de desempenho.

Outra fonte de parâmetro para o planejamento das metas e indicadores é a legislação sanitária, como as diretrizes e orientações sobre a relação municipal de medicamentos essenciais REMUME, o dimensionamento de pessoal estabelecido pelo COREN, a guarda e arquivo de prontuários regulamentados pelo CFM, dentre outros.

Construídos as metas e indicadores, o poder público pode exigir, no edital de chamamento, que as organizações sociais apresentem os projetos com o endereçamento desses itens, ou seja, com planejamento a respeito da forma e dos meios para o seu alcance, bem como sobre o tempo e os custos que serão necessários¹²⁹.

É importante, ainda, que a administração pública considere período de carência para avaliação das metas e indicadores, o que tem sido feito nos contratos de gestão, conforme apontado na análise (anexo C¹³⁰), especialmente nos casos de assunção de equipamento por

articulação com sua direção estadual; III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho; Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União. §1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária”.

¹²⁷ Exemplificativamente, quadro 14 (fundamento legal do contrato: Lei nº. 8.080/90, Lei Municipal nº. 14.132/2006 e art. 24, inciso XXIV da Lei nº. 8.666/93); quadro 16 (fundamento legal do contrato: Lei nº. 8.080/90, Lei Municipal nº. 14.132/2006, Decreto Municipal nº. 52.858/2011 e Lei nº. 8.666/93); quadro 18 (fundamento legal do contrato: Lei Complementar nº. 846/08, art. 26 da Lei nº. 8.666/93, Lei nº. 8.080/90 e Lei nº. 9.142/90); quadro 19 (fundamento legal do contrato: Lei Complementar nº. 846/08, artigos 196 e ss. e 218 e ss. da Constituição do Estado de São Paulo, Lei nº. 8.080/90 e Lei nº. 8.142/90).

¹²⁸ “Art. 16. No planejamento devem ser considerados os serviços e as ações prestados pela iniciativa privada, de forma complementar ou não ao SUS, os quais deverão compor os Mapas da Saúde regional, estadual e nacional. Art. 17. O Mapa da Saúde será utilizado na identificação das necessidades de saúde e orientará o planejamento integrado dos entes federativos, contribuindo para o estabelecimento de metas de saúde. Art. 18. O planejamento da saúde em âmbito estadual deve ser realizado de maneira regionalizada, a partir das necessidades dos Municípios, considerando o estabelecimento de metas de saúde”.

¹²⁹ O conceito de economicidade nos contratos de gestão deve ir além do que comumente se pratica nos contratos administrativos (menor preço). De acordo com as balizas do julgamento da ADI 1923, a economicidade deve consistir na ponderação entre eficiência e custos para a consecução de um objetivo.

¹³⁰ Quadro 15 (metas e indicadores de desempenho: período de transição para avaliação das metas de 90 dias); quadro 16 (metas e indicadores de desempenho: período de transição para avaliação das metas de 60 dias).

nova organização social ou em caso de modificação ou adição de serviços e atividades. Para tanto, o tempo estimado por meio dos projetos apresentados pelas organizações sociais no chamamento público poderá servir de parâmetro para se estabelecer o período transitório.

Nas defesas no Tribunal de Contas é comum a justificativa da administração pública de que não teria como estabelecer os indicadores na fase preliminar de sistematização e planejamento, pois no futuro poderiam estar distantes da realidade. Admitir essa ressalva significaria concluir que em todos os outros módulos o poder público não teria condições para planejar a sua execução, como nos contratos de concessão de serviço público, por exemplo, o que não é verdade, conforme comprova a experiência precitada. A ausência de indicadores e metas faz com que o contrato de gestão, na prática, constitua mero repasse de verbas.

Os contratos de gestão do Município de São Paulo, pelo menos os primeiros celebrados, previam expressamente obrigações atinentes à qualidade dos serviços, sem maiores detalhes a respeito das métricas respectivas. O primeiro contrato celebrado pelo Município, objeto de análise (vide anexo C), previa a interessante obrigação à organização social de divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário e prestação dos serviços com qualidade e eficiência.

A delegação à organização social do canal de comunicação (da função de publicidade a respeito do funcionamento dos serviços públicos) não é difícil de parametrizar, menos ainda de pontuar com indicadores. É uma atividade importante, tendo em vista que muitos usuários, diante principalmente da baixa escolaridade e da baixa qualidade de acesso à informação, são desorientados no que se refere às potencialidades de uso do serviço de saúde e a quais equipamentos podem se socorrer. Essa função aparentemente simples se reflete nas demais atividades do serviço, uma vez que aprimora a experiência do usuário e alivia o atendimento das unidades de saúde procuradas aleatoriamente por aqueles que necessitam de atenção oferecida por outra unidade.

O controle da qualidade dos serviços executados no âmbito do contrato de gestão também passa pela fiscalização inerente às atividades de saúde, como aquela atinente à vigilância sanitária, aos conselhos profissionais (CREMESP, COREN, CREFITO etc.) e por outras autoridades de saúde. Os relatórios produzidos por esses órgãos de fiscalização podem municiar as autoridades responsáveis pelo controle do contrato de gestão na avaliação da sua execução, inclusive indicar alguma deficiência que dependa da ação do poder público, como a necessidade de destinação de recursos voltados a investimentos para eventuais adequações

estruturais necessárias, de modo que essas informações componham o termo de referência do chamamento público.

Outro indicador de qualidade que pode ser incorporado aos contratos de gestão de saúde é a avaliação do bom funcionamento das comissões obrigatórias, como comissão de óbitos, comissão de prontuário médico, comissão de ética médica etc. Dificilmente a análise da operacionalização dessas comissões passa pelo crivo do controle, interno ou externo, a não ser eventualmente por denúncia ou fiscalização *in loco* do Conselho de Medicina ou outro conselho profissional. Considerar os elementos imprescindíveis ao bom funcionamento de uma unidade de saúde nos indicadores de qualidade é mais um passo rumo à efetivação do controle de resultados.

Repito que poucos contratos contêm indicadores de qualidade, pelo menos na amostragem analisada a propósito deste estudo. Aqueles que o têm não os detalham e os preveem com baixa intensidade, conforme ilustrado na figura 1 acima, com a promessa de que serão introduzidos novos indicadores no decorrer da execução contratual, o que não aconteceu, haja vista que não foram localizados termos aditivos com essa finalidade e conteúdo.

O contrato de gestão é mais uma ferramenta de contratualização disponibilizada ao gestor público para a busca de qualidade na função administrativa, inserida num ambiente de estímulo orientada pelo controle de resultados.

Os serviços sociais ou administrativos, como diferencia a doutrina francesa, que os aparta dos serviços industriais ou comerciais porque sobre eles incidem com maior intensidade o regime público, passou por modernização para acompanhar a complexidade que a vida social impôs, de modo que o direito administrativo de antanho cedeu espaço para novas formas de prestação desses serviços.

As metas devem ser fixadas no tempo e conjugadas com indicadores de desempenho, com métricas relacionadas à qualidade do serviço, sobretudo com vetor nos usuários dos serviços e previsão dos meios para atingimento. Devem considerar o planejamento a curto, médio e longo prazo. Não podem ser fruto de futurologia ou palpite. A composição do controle de resultados não é um controle de legalidade, mas uma ferramenta de gestão que exige estudo e meditação aprofundados. O descumprimento de metas e indicadores por si não configura ilegalidade, deve ser calibrado com estímulos, pois o controle de resultado não deve servir ao bem-estar da burocracia estatal, mas ao ser humano, pois o serviço público se destina à concretização dos direitos fundamentais.

As métricas não devem ser apenas quantitativas. É preciso avançar para detalhes qualitativos do serviço e das atividades necessárias à sua prestação. Por exemplo, na execução de uma terapia, como a radiologia, não é suficiente prever a meta de zerar a fila ou de maior realização de atendimentos, mas é imperioso ingressar nos insumos utilizados, nos equipamentos e na estrutura de atenção ao paciente, e, por outro lado, nos meios para se alcançar esses indicadores, especialmente financeiros.

4.2.5 Verificador independente, glosas e ultrapassagem das metas

Não basta a previsão de metas e indicadores sem o devido monitoramento. Se essa função é atribuída a uma das partes há o risco de comprometimento da avaliação, em função do claro conflito de interesses existente quando ficam concentrados na mesma entidade os deveres de financiar o serviço e de medir os índices de desempenho. Isto porque a avaliação do índice de desempenho impacta na composição do valor das transferências financeiras no que tange à parte variável do orçamento, circunstância que abre espaço para condutas oportunistas por parte da administração pública, notadamente em cenários de limitação orçamentária do órgão público, que pode vislumbrar na avaliação inferior do desempenho um meio para economizar recursos.

O ideal, portanto, seria a criação de um “verificador independente”, responsável pela aferição dos índices de desempenho que impactam positiva ou negativamente no financiamento do contrato de gestão. Em razão da necessidade de acompanhamento mensal do atendimento dos requisitos de qualidade dos serviços prestados pela organização social, a função de fiscalização e apuração do desempenho deveria ser assumida por um agente independente especializado, contratado pelo poder público, mas que não mantenha relação de subordinação com nenhuma das partes.

O verificador independente é uma figura presente no âmbito das parceiras público-privadas. Embora a Lei nº. 11.079/2014 não trate especificamente sobre a contratação de verificadores independentes, alguns entes o fizeram em suas legislações específicas. Por exemplo, o Município de Recife, por meio da Lei Municipal n.º 18.824/2021, prevê no art. 19 a contratação de auditoria independente para apoiar a fiscalização dos contratos de concessão.

Referida ferramenta também está prevista no PLS nº. 338/2018, que dispõe sobre o CIS, tratado no item 2.2 desta tese, e prevê no art. 2º que o “CIS é o acordo de vontades por meio do qual uma entidade pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, se compromete a

atingir determinadas metas de interesse social, mediante o pagamento de contraprestação do poder público, condicionada à verificação, por agente independente, do atingimento dos objetivos”. No art. 7º determina que o CIS deve conter “as condições para a contratação de avaliador externo independente, a fim de verificar e mensurar o atingimento das metas”.

Atualmente as legislações que disciplinam o contrato de gestão impõem a atuação de auditoria independente contratada pela organização social, conforme determina a Lei Complementar nº. 846/98 no seu art. 4º, que prevê dentre as atribuições privativas do conselho de administração: “fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa”.

Todavia, referida auditoria independente não é aproveitada para o monitoramento das metas e indicadores. No mais das vezes atua somente para análise contábil e financeira.

A ferramenta já existe. Cabe aos atores conferirem o máximo de aproveitamento, o que pode ser feito na modelagem do contrato de gestão, sem necessidade de reforma legislativa.

Também é preciso prever mecanismo de resposta para os casos de superação das metas previstas. Nos modelos atuais há somente dispositivos sobre o não alcance das metas e nada a respeito das situações de ultrapassagem dos índices. Além de não incentivar a organização social a buscar a superação, a sistemática atual ignora a realidade que forja as previsões. É certo que um dos efeitos imediatos da aferição das metas é a modificação do plano de trabalho. Todavia, essa alteração deve ser objeto de reflexão para apuração dos reais motivos que induziram ao resultado diverso daquele projetado e, caso este tenha sido fruto positivo da atuação da organização social, deverá resultar em sanção premial, monetizada na forma de reserva técnica para cobertura dos riscos que forem alocados a ela pela matriz, objeto do tópico seguinte, no correspondente proporcional e inversamente ao que seria deduzido em caso de não atingimento da meta.

A pesquisa que subsidia este trabalho me permitiu acesso a um volume considerável de documentos que mapearam o diagnóstico da realidade dos contratos de gestão de saúde. Por exemplo, na catalogação da legislação, me deparei com as Resoluções SS nº 147, de 04 de novembro de 2005; nº 6, de 15 de janeiro de 2008; nº 7, de 15 de janeiro de 2008; nº 175, de 26 de novembro de 2008; e nº 19, de 09 de março de 2012; as quais dispõem sobre a criação de grupo de trabalho para operacionalização das atividades durante a transição da unidade gestora e determina a produção dos respectivos relatórios. Ávido por analisar os resultados dos trabalhos, solicitei via portal da transparência (protocolo SIC nº. 588182120942) cópias dos

relatórios de que tratam os mencionados atos normativos. Fui orientado a solicitar agendamento para vistas da relação de 17 processos¹³¹. Consultados os processos, para minha surpresa eles compunham todo o trâmite dos chamamentos públicos e simples sequência de atos, mais para um amontoado deles, sem qualquer relatório a respeito da transição ou dos resultados dos contratos de gestão¹³².

Cito como exemplo a seguinte manifestação, que reproduzo no rodapé com o objetivo de ilustrar a necessidade de aprofundamento na avaliação e no controle¹³³. Nota-se que é o caso de produção superior à meta estimada. Ao contrário de se analisar criteriosamente os motivos que levaram à superação, sobretudo porque dizem respeito à maior procura do sistema de saúde, o que, em tese, representa adoecimento dos usuários, simplesmente se adota solução objetiva e pouco justificada de majoração das metas para acompanhamento da produção e revisão do orçamento, cuja fonte de cálculo é desconhecida.

¹³¹ CEAC Sul (001.0100.000.124/2007); CEAC Sul (001.0100.000.739/2007); CEAC Sul (001.0100.000.032/2008); Hospital Estadual de Francisco Morato (001.0500.000.127/2008); Hospital Estadual de Francisco Morato (001.0100.000.677/2007); Hospital Geral de Carapicuíba (001.0500.000.681/2007); Hospital Geral de Carapicuíba (001.0500.000.113/2008); Hospital Geral de Carapicuíba (001.0100.000.453/2006); Hospital Geral de Itapevi (001.0013.000.036/2004); Hospital Geral de Itapevi (001.0500.000.152/2008); Hospital Geral de Itapevi (001.0100.000.451/2006); Hospital Geral de Pedreira (001.0500.000.051/2012); Hospital Geral de Pedreira (001.0500.000.076/2011); Hospital Geral de Pedreira (001.0500.000.192/2012); Hospital Geral do Grajaú (001.0100.000.737/2007); Hospital Geral do Grajaú (001.0500.000.150/2008); Hospital Geral do Grajaú (001.0100.000.457/2006).

¹³² A transição entre organizações sociais ou entre contratos de gestão é o procedimento de transferência das atividades e de todos os processos relativos à execução do serviço, haja vista a necessidade de continuidade e não ruptura do atendimento. Esse procedimento envolve, inclusive, o compartilhamento de informações e documentos, que pode implicar em eventual migração de sistema. Também diz respeito à sub-rogação de contratos de trabalho, quando prevista essa possibilidade, bem como à definição quanto aos contratos de prestação de serviços e de fornecimento da unidade, e ainda à organização e planejamento sobre o abastecimento de insumos e materiais.

¹³³ “Processo nº. 001.0500.000.192/2012. Interessado: Cruzada Bandeirante São Camilo de Assistência Médico Social. Hospital Geral de Pedreira. Assunto: Termo de Retirratificação para ajuste de metas assistenciais, custeio mensal e aporte adicional de recursos financeiros de Custeio. Data: 23/09/2013. Trata o presente de Termo de Retirratificação a ser celebrado entre esta pasta e a Cruzada Bandeirante São Camilo de Assistência Social, qualificado como organização Social de Saúde, visando o ajuste de metas assistenciais, custeio mensal e aporte adicional de recursos de custeio para permitir o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de Gestão do Hospital Geral de Pedreira no exercício de 2013. Nas reuniões de avaliação de execução do Contrato de Gestão foi observado que a atividade assistencial realizada pelo hospital foi superior à atividade assistencial contratada em Atendimentos de Urgência/Emergência e em Saídas Hospitalares refletindo a demanda regional. Dado o papel deste hospital na rede de recursos de saúde da Região sul do Município de São Paulo, após análise submetida ao Gabinete da Pasta, ficou definido o ajuste de metas no patamar da atividade realizada e a revisão do orçamento mensal com o acréscimo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) aos repasses mensais levando o valor da parcela mensal a R\$ 9.588.411,00 (nove milhões, quinhentos e oitenta e oito mil e quatrocentos e onze reais) nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2013. Foi estabelecido, também, o aporte adicional de recursos de custeio no valor de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) para fazer frente a despesas com o décimo terceiro salário dos empregados do hospital, preservando o equilíbrio econômico financeiro do Contrato de Gestão do Hospital Geral de Pedreira no exercício de 2013, Encaminhado para autorização de elaboração de Termo de Retirratificação ao Contrato de Gestão, para o aporte de recursos financeiro de CUSTEIO no valor total de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), para o período de outubro a dezembro de 2013.”.

Por outro lado, é necessária reflexão a respeito da prática comum de glosa de valores quando não atingidas as metas. Não há meditação a respeito da compatibilidade entre os sistemas de desconto por meio do qual o poder público diminui a transferência dos recursos financeiros prevista para a execução do serviço em razão do não alcance da meta e a dinâmica e sistemática do contrato de gestão. Explico melhor. Se a meta de produtividade “x” não for alcançada em determinado patamar, o orçamento do mês seguinte será reduzido na fração correspondente a “x%”. A não ser que a organização social recomponha o valor no quantitativo referente à glosa e, neste caso, desde que precedida do devido processo legal, onde se apure inclusive eventual concorrência do poder público ou outros fatores que tenham influenciado no atingimento da meta, sob pena de caracterizada responsabilização objetiva da entidade, o contrato de gestão é que será sofrerá as consequências do desconto, haja vista que haverá subtração do financiamento. Além de não haver remuneração nesse tipo de módulo convencional, o financiamento é de responsabilidade da administração pública, razão pela qual a glosa corresponde, grosso modo, à revisão irrefletida para menor do orçamento público.

4.2.6 Autorregulação

Por fim, o controle também pode ocorrer na modalidade de incentivo à autorregulação pelo poder público. A doutrina portuguesa trata da autorregulação privada publicamente regulada nas relações entre entidades privadas e o poder público, que seria a partilha das incumbências de prossecução do interesse público entre o Estado e os privados, por meio do deslocamento de tarefas públicas e a ativação e reforço da responsabilidade própria dos privados. Seria um modelo misto entre a regulação estatal e a autorregulação privada¹³⁴.

Por meio da autorregulação regulada ou correção¹³⁵, o Estado supervisiona o procedimento de aprovação e aplicação de normas editadas por entidades privadas, para assegurar que os destinatários de tais normas efetivamente se submetam a elas e para garantir a capacidade técnica e o atingimento dos fins públicos por parte dos sujeitos privados que aprovam e executam tais normas.

¹³⁴ GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 170-178.

¹³⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Rio de Janeiro: Fórum, 2016, p. 316.

Tal como ocorre em outros setores, no caso dos contratos de gestão o poder público poderia ser utilizar do auxílio privado para a fiscalização. Na área da saúde voltada ao terceiro setor já existe associação com o propósito de autorregulação: o Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde (IBROSS), entidade nacional representativa das organizações sociais de saúde (OSS), instituições responsáveis pelo gerenciamento de serviços de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) em todo o país, em parceria com secretarias municipais e estaduais de saúde¹³⁶ (www.ibross.org.br)

O IBROSS conduz o programa QualIES, que avalia as políticas e práticas de integridade e *compliance* nas organizações sociais de saúde, com o objetivo de reconhecer as instituições que realizam trabalho sério e transparente, tenham boa governança, sejam representativas da sociedade, cumpram uma série de normas de segurança e metas quantitativas e qualitativas, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelos gestores públicos. Esse processo é desenvolvido pelo Instituto Ética Saúde, organização da sociedade civil que congrega empresas e instituições com a proposta e o compromisso de criar, voluntariamente, regras para a prevenção de suborno e corrupção no setor saúde¹³⁷.

4.2.7 Transparência

¹³⁶ Exemplos de autorregulação no Brasil são: a atuação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), desde 1980; o Conselho Executivo de Normas-Padrão (CENP), associação civil constituída em 1998, reconhecido pela Lei nº. 12.232/2010 como a entidade fiscalizadora e certificadora das condições técnicas das agências de propaganda; as Bolsas de Valores, Bolsas de Mercadorias e Futuros, entidades do mercado de balcão organizado e entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários, classificadas pela Lei nº. 6.384/1976 como órgãos auxiliares da Comissão de Valores Mobiliários (CVM); a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT); as associações de titulares de direitos autorais afiliadas ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), cujos deveres legais estão descritos na Lei nº. 9.610/98; mais recentemente a criação, pela FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos e pela ABBC- Associação Brasileira de Bancos, do Sistema de Autorregulação de Operações de Empréstimo Pessoal e Cartão de Crédito com Pagamento Mediante Consignação, que entrará em vigor em 02 de janeiro de 2020; e a previsão de autorregulação pela Lei Geral de Proteção de Dados.

¹³⁷ A classificação da maturidade dos Sistemas de Integridade vai de 1 a 5, de acordo com critérios e testes padronizados que avaliam: – Gestão: existência de um Comitê de Ética/*Compliance* (*Compliance Officer*), sua independência e autonomia; – Políticas e Procedimentos: Código de conduta, políticas e canal de denúncia; – Treinamento: existência, rastreabilidade e frequência; – Terceiros/Parceiros de Negócios: existência de *due diligence* e cláusula anticorrupção nos contratos; – Monitoramento e Auditoria: controle, acompanhamento, revisão e auditoria contínuas da implementação integral e efetividade do Programa de Integridade; – Registros Contábeis/ Teste de Transação: verificação de determinadas rubricas contábeis; – Canal de Denúncia: existência, efetividade e divulgação do canal de denúncia.

Relativamente à transparência, outra técnica de controle, ao passo que a divulgação de informações possibilita que a clareza revele situações eventualmente não detectadas no filtro da fiscalização, ainda há opacidade.

No Estado de São Paulo foi criado o Portal Eletrônico das Organizações Sociais pelo Decreto nº. 64.367/2019, com potencial de funcionar como importante ferramenta de transparência, já que por meio dele ocorre a qualificação das entidades, a convocação pública para celebração de contratos de gestão, a prestação de contas, o acompanhamento das metas pactuadas e a aplicação de sanções.

Recentemente foi publicado o Decreto nº. 66.018, de 15 de setembro de 2021, que organiza a Secretaria de Projetos e Ações Estratégicas. Este ato normativo insere no campo funcional da precitada Secretaria a articulação, coordenação e avaliação contínua das atividades pertinentes à execução da Lei Complementar nº. 846/1998; e o gerenciamento e articulação do uso do Portal Eletrônico das Organizações Sociais. No detalhamento da estrutura básica da Secretaria de Projetos e Ações Estratégicas está integrada a Subsecretaria de Projetos Estratégicos, com atribuição de coordenar e avaliar a celebração e a execução de contratos de gestão com organizações sociais; e coordenar as ações relativas à gestão do Portal Eletrônico das Organizações Sociais. Integra a mencionada Subsecretaria a Coordenadoria com Organizações Sociais. Dentre suas atribuições estão auxiliar o Secretário de Projetos e Ações Estratégicas no exercício da competência de qualificar as organizações sociais; monitorar e avaliar o modelo de organizações e de contratos de gestão e promover a adoção de medidas para seu aprimoramento contínuo¹³⁸.

O Decreto Estadual nº. 64.367/2019 prevê que ao término do prazo de cada prestação de contas, a Administração deve disponibilizar no Portal Eletrônico, em até 90 dias, o respectivo parecer técnico de análise. Também determina que, no caso de prestação de contas feita ao término da vigência contratual, após disponibilizado o parecer técnico, a autoridade competente para assinar o contrato de gestão terá 60 dias para decidir sobre a aprovação, com ou sem ressalvas, ou a rejeição da prestação de contas.

Em que pese a atenção direcionada à ferramenta e a criação de órgãos responsáveis por ela, o portal não entrega tudo o que promete, conquanto não passa de um arquivo digital de alguns documentos, sem informações interativas como infográficos, por exemplo, bem como

¹³⁸ Há sobreposição de atribuições entre a Secretaria de Projetos e Ações Estratégicas e a Secretaria de Projetos, Orçamento e Gestão (Decreto nº. 64.998/2020), que também tem como funções a articulação, coordenação e avaliação contínua das atividades pertinentes à execução da Lei Complementar nº 846/98; e o gerenciamento e orientação do portal das parcerias com organizações da sociedade civil e do Portal Eletrônico das Organizações Sociais.

sem análises mais aprofundadas a respeito da experiência acumulada e dos resultados, especialmente quanto à comparação entre os diversos equipamentos gerenciados por diferentes organizações sociais, além da ausência de mecanismo para participação do usuário do serviço, o qual deveria ser o destinatário de todos os esforços atinentes ao sucesso do módulo convencional, conforme determina, a propósito, a Lei nº. 13.460/2017. Aliás, as diretrizes desta lei e dos códigos de participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos estadual e municipal podem ser importante fonte de inspiração para a definição de indicadores¹³⁹.

No portal não estão reunidas todas as informações relativas aos contratos de gestão e às atividades das organizações sociais no âmbito desses contratos, sobretudo a respeito dos relatórios de monitoramento.

Exemplo de ferramenta mais ampla de transparência e controle é o portal dos Mapas Estratégicos para Políticas de Cidadania (MOPS), que oferece a possibilidade de identificar e visualizar a localização dos equipamentos da assistência social, obter relatórios sócio territoriais com base nas informações do Cadastro Único e do Censo Demográfico, e gerar cartogramas personalizados, ferramental indispensável para se pensar políticas públicas na área e se obter insumo informacional para avaliação de impacto legislativo e regulatório das normas que irão fundar e nortear tais políticas¹⁴⁰.

Outra referência é o Portal “Políticas Públicas ao seu alcance” da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, que permite a consulta de diversas informações sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado conforme região, tema, destinatário, dentre

¹³⁹ “Art. 5º O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes: I - urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários; II - presunção de boa-fé do usuário; III - atendimento por ordem de chegada, ressalvados casos de urgência e aqueles em que houver possibilidade de agendamento, asseguradas as prioridades legais às pessoas com deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo; IV - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação; V - igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação; VI - cumprimento de prazos e normas procedimentais; VII - definição, publicidade e observância de horários e normas compatíveis com o bom atendimento ao usuário; VIII - adoção de medidas visando a proteção à saúde e a segurança dos usuários; IX - autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade; X - manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço e ao atendimento; XI - eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido; XII - observância dos códigos de ética ou de conduta aplicáveis às várias categorias de agentes públicos; XIII - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações; XIV - utilização de linguagem simples e compreensível, evitando o uso de siglas, jargões e estrangeirismos; XV - vedação da exigência de nova prova sobre fato já comprovado em documentação válida apresentada; XVI - comunicação prévia ao consumidor de que o serviço será desligado em virtude de inadimplemento, bem como do dia a partir do qual será realizado o desligamento, necessariamente durante horário comercial”.

¹⁴⁰ <https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/mops>

outros recortes. Disponibiliza diversas ferramentas de pesquisa de dados para que o cidadão desempenhe um papel fiscalizador ativo e que podem ser devidamente direcionadas pela administração pública para materialização da publicidade das avaliações a serem implementadas¹⁴¹.

Recentemente foi sancionada pelo Estado de São Paulo a Lei Complementar nº 1.361/2021, a qual, dentre vários assuntos (essa é mais uma daquelas leis guarda-chuva ou “jabutis”), cria a Controladoria Geral do Estado, órgão vinculado ao Governador do Estado que tem por finalidade a adoção de providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria, à promoção da ética no serviço público e ao incremento da transparência da gestão. Dentre as atribuições do Controlador Geral está o recebimento de reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral.

Nota-se que é mais um órgão vistoso e hipertrofiado, sucessor das extintas Corregedoria Geral e Ouvidoria Geral. Embora seja herdeiro natural da estrutura desses dois órgãos, é certo que para o exercício das diversas funções atribuídas pela lei será necessário equipá-lo e treinar os servidores para que não se torne somente mais uma peça disfuncional. Caso devidamente profissionalizado, poderá contribuir para o aprimoramento do serviço público, o que inclui a sua prestação por meio dos contratos de gestão, especialmente no que tange ao controle da qualidade.

4.3 Matriz de riscos e responsabilidade contratual

A matriz de riscos é uma ferramenta que permite ao gestor mensurar, avaliar e ordenar os eventos futuros e incertos que podem afetar o alcance dos objetivos da contratação. Permite avaliação do nível de cada risco identificado por meio da multiplicação da probabilidade de sua ocorrência pelo impacto que dele decorreria.

Esse é um instrumento comum nos contratos de concessão, previsto na Lei nº. 11.079/2004. Também está descrito no Regime Diferenciado de Contratações – RDC, Lei nº. 12.462/2011, e na Lei nº. 13.303/2016 (Lei das Estatais). Recentemente foi inserido na nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº. 14.133/2021, que assim o define: “matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e

¹⁴¹ <https://politicaspUBLICAS.almg.gov.br/index.html>

caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:” (art. 6º, inciso XXVII).

A nova lei de licitações determina que a matriz contenha listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência. No caso de obrigações de resultado, determina sejam estabelecidas as frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico. No caso de obrigações de meio, deve haver previsão precisa das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, com obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

O modelo de contrato de gestão, gestado nos anos 1990 no impulso da reforma do Estado sem qualquer referência empírica no Brasil, não cuida da responsabilidade pelos riscos das atividades, muito bem tratadas, no âmbito da concessão, por Perez (2006)¹⁴². Não se preocupa com os riscos de demanda, como, por exemplo: surto de gripe, febre amarela, Chikungunya, e agora a inédita pandemia (COVID-19); crise financeira com aumento de usuários que deixaram os planos de saúde, de alunos que deixaram as escolas particulares, que provocaram maior acesso à cultura popular; nada disso é programado pelo poder público antecipadamente à celebração do contrato de gestão e posteriormente não é tratado por ele. E, como visto, está longe de acontecer se depender do entendimento dos órgãos de controle.

Outra questão que está sem qualquer tratamento é aquela atinente às despesas posteriores ao fim do contrato de gestão, limitado ao curto prazo de 5 anos, dentre elas o risco judicial. A organização social que contrata com o poder público não recebe remuneração e, portanto, não tem condições de se preparar para eventual passivo futuro inerente às atividades. Uma vez encerrado o contrato de gestão, o passivo processual permanece, embora a organização social não receba mais os recursos financeiros para o seu custeio. A solução que

¹⁴² Referido autor afirma que “haverá, desta forma, critérios que, a partir de uma análise dos riscos, bem como dos aspectos financeiros, sociais, técnicos e patrimoniais do empreendimento e, enfim, da qualidade que se almeja na prestação do serviço, deverão orientar a decisão administrativa quanto à delegação dos serviços e, em se decidindo por esta, nortearão a decisão pelo arranjo contratual mais conveniente”. (PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 141). O que não é feito atualmente pela administração pública, muito embora os Tribunais de Contas insistam nesse planejamento.

tem sido aplicada hoje é a sub-rogação, inclusive processual, da organização social contratada para a sucessora, o que não parece a melhor medida, visto que, além de depender de variantes judiciais, cria responsabilidades para outra organização social¹⁴³.

O Decreto Estadual nº. 57.105/2011, que disciplina os contratos de gestão da área de atendimento e promoção dos direitos das pessoas com deficiência, prevê a constituição de duas reservas pelas organizações sociais com recursos do contrato de gestão para atendimento de contingências conexas à execução do contrato: uma destinada ao custeio de despesas não previstas e outra para a hipótese de atraso, por parte da Secretaria, no repasse de recursos.

Igualmente o faz o Decreto Estadual nº. 64.056/2018, que regulamenta a Lei Complementar nº. 846/1998. O decreto diz que poderá ser estabelecida reserva técnica de 15% mensalmente para contingências de natureza incerta e provisões relacionadas à execução e ao encerramento contratual (por meio de Resolução ou cláusula contratual). Os recursos da reserva somente poderão ser utilizados com prévia aprovação do Conselho de Administração da organização social, por deliberação de $\frac{3}{4}$ dos seus membros.

Trata, de forma indireta, os efeitos futuros do contrato de gestão, na medida em que prevê que, caso as contingências não sejam encerradas concomitantemente ao termo final do contrato de gestão ou transferidas a outra organização social, a contratada deverá prestar contas anualmente sobre a manutenção, aplicação e destinação do saldo da reserva técnica.

Os pagamentos realizados com os recursos da reserva técnica não podem decorrer de atos de má gestão (negligência, dolo ou culpa). Se não houver recursos suficientes de reserva técnica, o órgão contratante deve viabilizar os recursos necessários para pagamento de dívidas líquidas e certas de natureza trabalhista, previdenciária, cível ou tributária, relativas a fatos geradores ocorridos anteriormente à vigência do contrato de gestão e àqueles ocorridos durante a vigência deste, desde que não decorrentes de culpa grave ou dolo, reconhecidos judicialmente.

Malgrado essas disposições normativas, não é o que se pratica nos contratos de gestão. A disciplina a respeito dos efeitos futuros é errática e não é organizada de forma uniforme.

Além de os contratos de gestão do Estado e Município de São Paulo não conterem previsões a respeito da matriz de riscos, as disposições neles contidas que tratam da

¹⁴³ Pode-se argumentar que a sub-rogação limita a margem das propostas, já que a sucessão dos vínculos sujeitará aos mesmos salários, no caso dos contratos de trabalho, e os contratos de gestão de saúde concentram até 70% de despesas com pessoal. Todavia, o controle sobre os salários praticados pela organização social, que devem respeitar o valor de mercado, bem como a construção de indicadores e critérios técnicos de seleção são fatores que equilibram os projetos. Além disso, a avaliação das propostas não deve se concentrar no julgamento sobre o valor, mas nas condições para o alcance das métricas e indicadores.

responsabilidade civil são simplistas e não consideram algumas variáveis, sobretudo aquelas decorrentes da participação do poder público.

O Estado responde objetivamente perante os usuários, conforme determina o art. 37, §6º da Constituição Federal. Quando a organização social é acionada juntamente ao poder público, é comum a aplicação do comando constitucional, estendido à organização social, que passa a responder objetivamente. Além disso, o próprio contrato de gestão prevê a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que também impõe a responsabilidade objetiva, embora quando há relação hospitalar a tendência do Poder Judiciário seja avaliar a culpabilidade.

Portanto, quando o contrato de gestão determina que a organização social responderá em caso de dolo, negligência, imprudência ou imperícia, não considera a mencionada realidade e não trata adequadamente as hipóteses que influenciam as atividades de saúde. Se a organização social for responsabilizada objetivamente na esfera judicial, para que seja apurada eventual culpa ou dolo na conduta do seu agente é necessário aguardar a ação de regresso ou então instaurar processo administrativo, cuja finalidade será exclusivamente a análise do elemento subjetivo para efeitos de responsabilidade contratual. Todavia, além de não vincular a esfera judicial, caso a ação de regresso conclua pela ausência de dolo ou culpa, o resultado do processo administrativo estará comprometido.

Essa é uma situação que pode ser resolvida de forma mais simples pela matriz de risco, mediante a previsão de um fundo para indenizações, as quais fatalmente ocorrerão em razão dos riscos inerentes às atividades de saúde; a contratação de um seguro, com previsão da extensão e hipóteses de cobertura; e ainda as situações que deverão ser custeadas pela organização social, nos casos em que o dano decorra explicitamente de má conduta.

Outro fator que deve ser objeto da matriz de risco diz respeito ao cumprimento dos requisitos exigidos para adequações sanitárias e eventualmente para acreditação hospitalar. O atendimento de algumas condições depende de ações que competem ao poder público, especialmente no que diz respeito ao custeio ou às medidas estruturais de competência exclusiva dele. É impossível que a organização social assuma o gerenciamento das atividades para obtenção das autorizações, alvarás, licenças, creditações ou certificações sem receber o financiamento necessário. Essa situação deve fazer parte dos indicadores e metas, conforme dito no tópico anterior, bem como da matriz de riscos, uma vez que deve haver simetria entre ambos. Não é possível atribuir à organização social exclusivamente o ônus correspondente a essas responsabilidades.

Com relação ao serviço de manutenção de equipamentos é necessária abordagem sobre os custos das manutenções não preventivas, que obviamente deve ser de responsabilidade do poder público, a não ser em caso de dano provocado por má-fé. Neste caso há um elemento a ser considerado que é o eventual afastamento de servidores públicos para atuação junto à organização social. Nesta hipótese, os custos das quebras relacionadas a mau uso dos equipamentos, quedas, perda de acessórios ou danificações de acessórios estará alocado no poder público.

Mais um ponto de atenção diz respeito à demanda ou à ocupação. Algumas unidades de saúde são de atendimento referenciado, ou seja, a demanda está atrelada ao encaminhamento pela regulação, pelos serviços de resgate e demais atividades de atribuição do poder público. Mesmo a demanda espontânea pode estar sujeita a fatores externos, como epidemias e pandemias. Nesses casos não cabe à organização social qualquer gestão sobre a demanda, de modo que o risco de ocupação e atendimento à demanda deve ser alocado única e exclusivamente ao poder público. A organização social, no entanto, deve se responsabilizar estritamente pela disponibilidade dos meios necessários ao funcionamento da unidade, desde que lhe sejam garantidos os recursos financeiros, assim como pela prestação dos serviços assistenciais, que deverão operar normalmente ainda que a unidade apresente queda em sua taxa de ocupação.

Embora esteja voltado à inserção de novas tecnologias, o Projeto de Lei 667/2021, que propõe alteração da Lei nº. 8.080/1990 para regulamentar o acordo de compartilhamento de risco entre poder público e indústria farmacêutica, poderia ser uma das referências para se pensar o modelo nos módulos que têm como objeto as atividades de saúde. Todavia, não contém critérios detalhados a respeito do conteúdo do compartilhamento de riscos. Perde a oportunidade de desenho de um quadro geral.

Na ausência de referência imediata de matriz de riscos para aplicação aos contratos de gestão de saúde, proponho o seguinte modelo simplificado, apenas como ilustração dos pontos retro mencionados detectados a partir da pesquisa que alimentou este trabalho, sem prejuízo de outros fatores não captados pelas análises realizadas:

Quadro 4 - Proposta de modelo simplificado de matriz de riscos para contratos de gestão de saúde

Categoria do risco	Descrição	Consequência	Medidas mitigadoras	Alocação preferencial
Custos operacionais	Ausência ou deficiência de	Falta de recursos financeiros para a	Provisionamento ou conta garantia	Poder público

	financiamento do serviço e atividades, incluídas as despesas de encerramento e aquelas exigidas após o término do contrato	execução do objeto contratual		
Demanda	Diminuição ou aumento de usuários, ou surgimento de surtos, epidemias ou pandemias	Necessidade de adequação do plano de trabalho	Estudos técnicos, sociológicos e epidemiológicos e análise histórica	Poder público
Estruturais	Manutenção preventiva e corretiva	Indisponibilidade do equipamento e reflexo na assistência	Previsão e programação dos atos corretivos	Poder público (em caso de mau uso pelo servidor cedido; para manutenção preventiva ou decorrente do ciclo de vida o equipamento) Organização social (em caso de mau uso pelos seus representantes)
Políticos/reputacionais	Contratação de servidores públicos, membros dos Conselhos diretivos, empresas impedidas ou suspensas	Irregularidade da contratação	Diligência quanto à composição societária das empresas e origem dos sócios	Organização social
Trabalhistas	Reclamações ajuizadas pelos empregados	Pagamento de condenações	Análise e auditoria de conformidade às leis trabalhistas e previdenciárias; fundo de reserva ou seguro	Poder público Organização social (em caso de culpa decorrente de má-gestão)
Indenizatórios	Processos promovidos pelos usuários em decorrência da prestação dos serviços	Pagamento de condenação	Análise e auditoria de conformidade dos processos e protocolos de atendimento, bem como dos profissionais responsáveis pela	Poder público Organização social (em caso de culpa decorrente de má-gestão)

			assistência; fundo de reserva ou seguro	
Regulatórios	Ausência ou insuficiência das adequações exigidas dos órgãos sanitários	Sanções administrativas	Mapeamento da conformidade física e formal da unidade e relatório de intervenções necessárias	Poder público Organização social (em caso de culpa decorrente de má-gestão)
Efeitos inflacionários	Reajuste de categorias profissionais e dos preços dos insumos	Déficit orçamentário e risco de desabastecimento	Reajuste periódico do cronograma orçamentário, provisionamento ou conta garantia	Poder público

Reitero que essa é somente uma exemplificação simplificada de matriz de riscos, com apenas os riscos explícitos, sem considerar os implícitos. Há outras variações e formas de apresentá-la, bem como desdobramentos referentes às escalas, níveis, impacto, probabilidade, tempo de respostas e tratamentos etc., o que deve ser trabalhado por cada ator no que diz respeito à alocação que lhe for determinada para lastrear o monitoramento e controle.

4.3.1 Avaliação de impacto regulatório

As avaliações de impacto regulatório e legislativo também podem ser situadas no campo da previsão e alocação de riscos¹⁴⁴. A Emenda Constitucional nº. 109, de 15 de março de 2021, promoveu diversas mudanças no regime fiscal como parte do enfrentamento da grave crise sanitária. Além das questões financeiras e orçamentárias, a emenda promoveu duas importantes inovações no texto constitucional.

Inseriu o §16 no art. 37, que cria a obrigação de realização de avaliação de políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados. A

¹⁴⁴ O art. 6º da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências) e o art. 5º da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) tornaram obrigatória a realização de AIR quando da edição e alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Com o objetivo de regulamentar a AIR de que tratam os precitados dispositivos legais foi publicado o Decreto Federal nº 10.411/2020, que disciplina sobre o conteúdo da AIR, seus quesitos mínimos e suas hipóteses de obrigatoriedade ou dispensa. Recentemente foi publicado o Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório. O documento, elaborado pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) do Ministério da Economia, apresenta o conteúdo, os requisitos e as diretrizes de uma AIR, conforme o Decreto nº 10.411/2020, e orienta para que as análises considerem o impacto regulatório sobre ações empreendedoras e inovadoras: https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/guias-e-manuais/referencias-e-bibliografia-guia-air/guia-de-air_vfinal_150421.pdf

obrigação recai sobre os órgãos e entidades da administração pública, que podem atuar de forma individual ou conjuntamente.

Também foi inserida disposição no art. 165 que reforça que as leis orçamentárias (PPA, LDO, LOA) devem observar, no que couber, os resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas, conforme previsto no §16 do art. 37.

O Poder Executivo Federal tem dado o direcionamento na matéria, a exemplo da instituição do Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas (CMAP) em 2019.

Nesse contexto ganha relevância a chamada avaliação de impacto legislativo (AIL) e regulatório (AIR), como etapa básica do processo de elaboração normativa. Embora o recurso seja muito aplicado em países como Canadá, França e Estados Unidos, ainda dá os primeiros passos no setor público brasileiro¹⁴⁵.

Em geral, a avaliação de impacto pode ocorrer antes da edição da lei ou norma infra legal, como etapa preliminar, ou após a sua edição, para avaliação dos efeitos produzidos. A avaliação preliminar, *ex ante*, possui algumas etapas básicas: 1) identificação do problema e de suas causas, para avaliar se a edição da norma é realmente necessária; 2) definição dos objetivos e escolha de indicadores; 3) levantamento de alternativas, quando o objetivo pode ser atingido por meio de diferentes formas; 4) verificação do arcabouço jurídico, a fim de identificar a legislação correlata; 5) análise de impacto das alternativas, que é o exercício de pensar quais as possíveis consequências geradas por cada uma das alternativas levantadas; e 6) comparação das alternativas.

Ao longo da execução, deve-se monitorar e avaliar seus resultados, a fim de garantir que os objetivos propostos pela lei serão atingidos. Nesse momento entra em cena a avaliação de impacto *ex post*, que é justamente a avaliação sobre o cumprimento dos objetivos propostos na lei, e a fiscalização do Poder Legislativo sobre o Executivo na execução das políticas públicas.

Considerando o contexto de avanço tecnológico e a ampliação da capacidade de processamento de dados pelos sistemas, a utilização e o tratamento de dados no âmbito da AIL

¹⁴⁵ Valente (2010) explica que atualmente, nos Estados Unidos, a exigência de avaliação de impacto regulatório é disciplinada pela Ordem Executiva nº. 12.866, de 1993, segundo a qual a proposta dos agentes reguladores considerada “ação regulatória significativa” deve ser submetida à análise de impacto. A Circular A-4, de 17 de setembro de 2003, da *Office of Management and Budget – OMB*, recomenda como elementos-chave para a análise regulatória: exame de abordagens alternativas à ação estatal; avaliação quantitativa e qualitativa dos benefícios e dos custos da proposta e das principais alternativas; audiência da opinião dos atores que serão potencialmente afetados pela medida e daqueles com conhecimento especializado no tema. VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. *Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-26032012-092844. Acesso em: 2022-01-15.

e AIR se mostra como um caminho importante para que a avaliação de impacto esteja mais afinada com a realidade e possa abarcar perspectivas que transbordem uma visão reduzida à análise de custo-benefício financeiro. Nota-se que, muito além dos dados levantados a partir de pesquisas estatísticas, entende-se que, conforme o caso, poderão ser utilizados os dados custodiados pelo próprio Estado, já que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º. 13.709, de 14 de agosto de 2018) permite o uso compartilhado de dados para execução de políticas públicas.

4.4 Sanções

As leis de regência dos contratos de gestão não contêm previsões a respeito das sanções contratuais ou administrativas aplicáveis como respostas a fatos oriundos da relação estabelecida por meio destes módulos. Diante dessa lacuna e da necessidade de suprir a omissão, o que tem ocorrido é a aplicação, por analogia, das disposições da Lei n.º. 8.666/93 (em breve substituída pela Lei n.º. 14.133/2021), conforme é possível verificar das análises dos contratos de gestão e dos julgados dos Tribunais de Contas (anexos C a F).

Todavia, não há semelhança entre a hipótese legal (Lei n.º. 8.666/93) e aquela não regulada (contratos de gestão), de modo que não se está face à aplicação de raciocínio lógico e de paralelismo entre as relações regidas pela lei geral de licitações e pelas leis de contratos de gestão, condições estas impostas para o uso da analogia¹⁴⁶.

As sanções tradicionalmente aplicadas aos contratos administrativos (disciplinadas pela Lei n.º. 8.666/1993) não são compatíveis com a relação estabelecida pelos contratos de gestão, na medida em que a administração pública participa ativamente da governança. Portanto, há consistente possibilidade de que em caso de não cumprimento do objeto contratual as partes sejam igualmente responsáveis. Além disso, a sanção tradicional pune mais os destinatários do contrato de gestão, que são os usuários dos serviços de saúde, do que os responsáveis pelas falhas¹⁴⁷.

Por outro lado, é necessário distinguir a sanção contratual da sanção administrativa. A primeira se refere à resposta aos atos praticados no bojo do contrato que não correspondam

¹⁴⁶ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. por Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 158. WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. v. I. Turim: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1925, p. 72.

¹⁴⁷ Nesse sentido: PEREZ, Marcos Augusto, 2016.

à infração administrativa, mas simplesmente a algum descumprimento contratual, cujos efeitos devem se operar somente entre as partes contratantes, sem reflexos na esfera externa à relação contratual. As sanções contratuais, diferentemente das sanções administrativas, não precisam estar previstas em lei, podem decorrer simplesmente da previsão contratual ou do edital, haja vista sua repercussão e densidade limitadas. Portanto, o que diferencia ambas seria a legalidade em sentido estrito (aplicada, em tese, às infrações administrativas), a intensidade e os reflexos da resposta (a sanção administrativa teria maior contundência e efeitos além das partes) e o tratamento sobre a consensualidade (nas sanções administrativas as hipóteses são mais restritas, muito por conta da legalidade, já quanto às sanções contratuais haveria maior margem de discricionariedade para a administração pública deixar de aplicá-la ou substituí-la).

Por exemplo, a lei considera infração administrativa o ato de fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato (art. 155, inciso IX da Lei nº. 14.133/2021). É um ato gravoso que pode afetar terceiros e configurar crime, inclusive. Já a inexecução ou descumprimento parcial do contrato é matéria exclusivamente referente à execução da atividade material do objeto contratado, cuja ocorrência eventualmente não pode ser atribuída exclusivamente à contratada. Logo, a sanção no primeiro caso é mais intensa e, caso seja aplicada, tem repercussão para além da relação contratual; e no segundo caso, se efetivamente comprovada a conduta da contratada que tenha contribuído para o fato, a sanção opera efeitos somente entre as partes e pode ser substituída por eventual indenização ou outra obrigação consensualmente estabelecida.

Ocorre que essa distinção não é feita, de modo que as sanções administrativas são aplicadas como se contratuais fossem e vice-versa. A partir da definição de infração administrativa de Bandeira de Mello (2016) é intuitivo concluir que as faltas contratuais, sem correspondência com a tipificação legal de infração administrativa, não se amoldam ao mesmo conceito: “infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera”¹⁴⁸.

Portanto, a legislação que disciplina os contratos de gestão deve dispor sobre as infrações administrativas e respectivas sanções, respeitados os princípios da legalidade, anterioridade, tipicidade, proporcionalidade, devido processo legal, culpabilidade, *non bis in idem*, capacidade infratora e retroatividade da lei mais benéfica. Todas as demais infrações não correspondentes aos ilícitos previstos na legislação são consideradas infrações contratuais,

¹⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2016, p. 876.

sobre as quais somente poderão ser aplicadas sanções de menores repercussões, como multa e advertência. Em quaisquer das hipóteses não se dispensa o devido processo legal.

A ausência de previsão a respeito de sanções na lei de regência dos contratos de gestão e a prática de aplicação do sistema concebido para os contratos administrativos cria um “parassistema” jurídico, uma administração paralela semelhante àquela denunciada por Gordillo (2012), que toma de empréstimo um sistema para ditar regras para outro¹⁴⁹.

A única disposição prevista nas legislações sobre contratos de gestão objeto de análise (anexos A e B) que poderia ser considerada sanção administrativa diz respeito à desqualificação da organização social, a qual se aproximaria, inclusive, da declaração de inidoneidade, só que mais grave, já que não há disciplina a respeito do prazo ou condições para reabilitação. O Decreto Estadual nº. 64.367/2019 prevê que resolução conjunta expedida pelo Secretário de Governo e pelo Procurador Geral do Estado (art. 6) disporá sobre a gradação e as hipóteses de aplicação da sanção de desqualificação da entidade como organização social.

Protocolei pedido de acesso à informação (protocolo 663712120829, 06/10/2021) para localizar o mencionado ato normativo. A solicitação foi encaminhada para o Centro de Documentação e Arquivo da Secretaria de Governo para pesquisa e localização da resolução conjunta referida. Recebi resposta de que não foi encontrada nenhuma resolução conjunta da Secretaria de Governo e da Procuradoria Geral do Estado mencionada no artigo 6º do Decreto nº. 64.367/2019. Ainda segundo a resposta oficial, houve pesquisa também na página da Procuradoria Geral do Estado, onde não consta a referida resolução.

Portanto, não há regramento a respeito da gradação e das hipóteses de aplicação da desqualificação das organizações sociais no Estado de São Paulo, tampouco no Município. A Lei Complementar nº. 846/98¹⁵⁰ e a Lei Municipal nº. 14.132/2009 têm redação idêntica e apenas preveem a possibilidade de desqualificação da organização social quando verificado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. O Decreto Municipal nº. 53.858/2011 disciplina sucintamente as hipóteses de desqualificação, mas não trata da

¹⁴⁹ GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 6, El método en derecho - La administración paralela. 1ª ed. Buenos Aires, FDA, 2012.

¹⁵⁰ “Artigo 18 - O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social quando verificado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. §1º - A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão. §2º - A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e do saldo remanescente dos recursos financeiros entregues á utilização da organização social, sem prejuízo das sanções contratuais penais e civis aplicáveis a espécie”.

gradação e não detalha das hipóteses de incidência, posto que a previsão é excessivamente abrangente¹⁵¹.

Não é qualquer descumprimento contratual e até mesmo toda e qualquer irregularidade que resultam na pesada sanção de desqualificação, haja vista que a qualificação é condição indispensável para a assinatura do contrato de gestão, o que significa dizer que a entidade sancionada não poderá mais celebrar contratos com o poder público enquanto perdurar a desqualificação, que não tem prazo definido pela lei¹⁵². Neste caso a analogia pode ser uma solução, especialmente porque ela seria em benefício da parte, de modo que a previsão das Lei nº. 8.666/93¹⁵³ e 14.133/2021¹⁵⁴ a respeito do prazo e instituto da reabilitação pode ser aplicada à sanção de desqualificação, inclusive aquelas atinentes à gradação e hipóteses de incidência a esta e a todas as demais sanções.

Os contratos de gestão celebrados pelo Estado e pelo Município de São Paulo confundem sanção com responsabilidade civil, bem como com os custos inerentes à execução das atividades objeto do contrato. Quando os contratos determinam que os custos com rescisão dos contratos de trabalho, por exemplo, somente serão custeados pelo poder público contratante se a extinção do contrato de gestão não ocorrer por má-gestão, dolo ou culpa da organização social, generaliza situação que merece análise casuística, na medida em que nem toda a má-

¹⁵¹ “Art. 11. A Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão poderá proceder à desqualificação da Organização Social, por ato próprio ou a pedido das Secretarias interessadas ou da Fundação Theatro Municipal de São Paulo, quando verificado que a entidade: I - descumpriu qualquer cláusula do contrato de gestão firmado com o Poder Público Municipal; II - dispôs de forma irregular dos recursos, bens ou servidores públicos que lhe forem destinados; III - incorreu em irregularidade fiscal ou trabalhista; IV - descumpriu as normas estabelecidas na legislação aplicável e neste decreto”.

¹⁵² Bandeira de Mello (2016) defende que a suspensão do direito de contratar e a declaração de inidoneidade só podem ser aplicadas no caso dos atos tipificados na lei como crimes, pois não se admite seu cabimento em outras hipóteses sem que exista prévia descrição legal de outros casos de seu cabimento (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2016, p. 598). Igual raciocínio deve ser aplicado à sanção de desqualificação aplicada às organizações sociais, a qual, ao menos no que tange à tipificação, em obséquio aos princípios do direito administrativo sancionador, deve respeitar a legalidade e a tipicidade.

¹⁵³ “Art. 87. III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”.

¹⁵⁴ “Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente: I - reparação integral do dano causado à Administração Pública; II - pagamento da multa; III - transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade; IV - cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; V - análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo. Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 155 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.”.

gestão implicará necessariamente em reflexos nas verbas devidas aos empregados, de modo que a previsão referida, por si, já se apresenta como sanção, aplicada objetivamente.

O Decreto Estadual nº. 64.367/2019 prevê trâmite processual resumido para aplicação de sanções, sem preocupação quanto aos atos praticados e subsunção, dosimetria, tampouco com a adequação e desnecessidade de sanção a atos que implicam simplesmente em infração contratual e não ilícito administrativo. Prevê, ainda, que as sanções aplicadas serão registradas no Portal Eletrônico das Organizações Sociais para visualização pública. Cria, sem previsão legal, nova espécie de sanção, que é a divulgação ostensiva das medidas impostas no decorrer da execução contratual e estende os efeitos das sanções contratuais.

4.4.1 Gestão de conflitos

Embora o formalismo seja (ou deva ser) mitigado no âmbito do direito administrativo sancionador, se colocados lado a lado um procedimento administrativo e um criminal, constata-se que as semelhanças são evidentes: a linguagem; as fórmulas utilizadas nos mandados de citação e intimação, nas assentadas e nas deliberações; a disposição da sala em que se desenvolvem os atos processuais; os lugares que ocupam os diversos atores durante as audiências e interrogatórios; os despachos; as petições dos advogados¹⁵⁵.

A identidade das formas aponta para outra identidade: a lógica do funcionamento da engrenagem. Em ambos os campos há uma norma de conduta; um comportamento humano que a viola; a previsão de uma sanção; um juízo de subsunção do fato à norma. E há, ainda, as normas procedimentais que regem a atuação dos agentes que percorrem o caminho que vai do ato à imposição da sanção.

A noção de ilícito, como ato contrário à norma está presente em todas as áreas do Direito. Assim, é possível falar em ilícito civil, em ilícito penal, em ilícito administrativo, em ilícito trabalhista, em ilícito tributário, em ilícito ambiental etc.

Porém, o ilícito administrativo se diferencia – ou deveria – da infração ou descumprimento contratual. Esta, embora mereça reprimenda, deve repercutir tão somente no âmbito do contrato, mediante as sanções civis aplicáveis ao descumprimento das obrigações contratuais. Não é o que se observa da prática e até mesmo da legislação.

¹⁵⁵ OLIVEIRA. Ana Sofia Schmidt de. *Superando o paradigma punitivo. Por um procedimento disciplinar restaurativo*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo. n. 85. p. 67-104. jan./jun. 2017.

Houve captura ou colonização do direito administrativo pelo direito penal, de modo a qualificar condutas que não passariam de relação obrigacional como ilícitos. Embora exista um direito punitivo, tronco central do sistema sancionatório de onde se espraiam os microssistemas respectivos (penal, civil, administrativo etc.), o direito penal exerce proeminência na matéria punição, razão pela qual influencia positiva e negativamente os demais microssistemas¹⁵⁶.

Na esteira da influência positiva, além da incidência dos princípios que regem o direito punitivo sobre o direito administrativo sancionador, o direito penal tem enfrentado a indagação sobre a resolução e do papel da pena, o que desafia o paradigma punitivo, visto que a força do castigo como estratégia para o adestramento social constitui uma introjeção cultural onipresente nos mais diversos aspectos da vida em sociedade (família, escola, religião, trabalho), de onde decorre a naturalização da infração e da sanção.

É preciso pensar na sanção de modo responsivo e não como finalidade. É necessário avaliar as consequências do ato para refletir se é imprescindível a aplicação de alguma medida aflitiva. A conduta que não provoca prejuízos ou consequências muito danosas não merece reprimenda automática. Ao contrário, o comportamento deve ser objeto de exame e incluído na curva de aprendizado.

Além disso, o poder público deve fazer uso das sanções premiaias. Nenhum dos módulos objeto da pesquisa desta tese contém previsão a respeito do tratamento dispensado quando as metas são extrapoladas. Isso muito em razão do que já foi comentado a respeito da ausência de indicadores robustos e bem estudados. Feito o devido e acurado exame sobre a relação de metas de desempenho, a administração pública pode considerar o incentivo premial financeiro de monetizar a eficiência da organização social, cujos frutos podem ser voltados ao aprimoramento das atividades do próprio contrato de gestão ou para reserva técnica em caso de obrigações atinentes à responsabilidade pelos riscos, bem como apropriados pela entidade para uso nas suas atividades, visto que essas instituições normalmente estão obrigadas por lei ou pelo seu estatuto a investirem todos os recursos nas suas atividades, as quais costumam ser publicamente relevantes.

No caso dos módulos sob estudo esse tipo de tratamento às não conformidades é ainda mais relevante, uma vez que a sanção não punirá somente a organização social, mas se refletirá no universo das atividades desenvolvidas por ela e atingirá, neste caso, diretamente os

¹⁵⁶ Sobre a teoria da unidade do *ius puniendi estatal* e da unidade substancial de normas penais e normas administrativas repressoras: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 126-127.

usuários da assistência à saúde, conquanto qualquer impacto na vulnerável estrutura das instituições filantrópicas potencializará as dificuldades de manutenção do caro complexo necessário ao atendimento.

A sanção expõe um sério problema para os contratos de gestão e para módulos de semelhante condição celebrados pela administração pública: a ausência de horizontalidade e, o que é pior, o excesso de verticalidade na relação. Não se encontra sequer menção nesses contratos a respeito de sanção aplicável ao poder público em caso de descumprimento das obrigações pactuadas. De outra banda, há abundância de disposições que tratam da sanção à organização social e automática reprodução de previsões de legislação que não disciplina esse tipo de relação.

O contrato de gestão de saúde carrega certa complexidade, tendo em vista o objeto e as variáveis que influenciam as atividades, de modo que podem ser consideradas como suas características naturais a mutabilidade e a flexibilidade, tal como os contratos de concessão, guardadas as devidas proporções. Não é improvável, portanto, a ocorrência de lacunas, as quais podem ser resolvidas, como sói ocorrer em qualquer relação contratual, pela interpretação ou pela integração.

Quando as falhas provocarem prejuízos, é necessário apurar de quem é a responsabilidade. O Estado precisa se posicionar como sujeito que é, passível de ser responsabilizado pelo contrato (defeitos na modelagem, no planejamento, nos atos que antecedem a feitura do contrato) ou por atos no contrato (praticados durante a execução do contrato, algum descumprimento de obrigação exigível de uma de suas partes), conforme ensina Marrara (2020)¹⁵⁷.

Já passou o tempo (ou já deveria ter sido ultrapassado) no qual a sanção se posicionava como resposta simples e não preocupada em endereçar o caso concreto. Hoje o sistema sancionatório se volta à customização da resposta e à construção da solução para o caso concreto que concretize a otimização e até mesmo a alteração da rotina administrativa. A consensualização é um sinal dessa superação da posição adversarial e confirma a legitimidade da função estatal.

Além de passar pela avaliação dos motivos que determinaram o ato, onde está incluída a verificação da participação ativa ou omissiva do poder público, e pela análise do

¹⁵⁷ MARRARA, THIAGO; BARBOSA, A. F. M. *Responsabilidade do Estado pelo contrato: reflexões a partir da responsabilidade do contratante por lacunas e erros em concessões de serviços públicos*. In: Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves, Eurico Bitencourt e Fabricio Motta. (Org.). *RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. 1. ed. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas; Centro de Investigação de Direito Público, 2020, p. 135-136.

impacto da sanção para o serviço objeto do contrato (e, portanto, para os usuários), o processo sancionatório deve recorrer preferencialmente a outras soluções, como a matriz de riscos, ferramenta que tem o potencial de resolver muitas questões contratuais, conforme visto no tópico anterior, bem como ao balanço das metas e indicadores de qualidade para avaliação do impacto e gravidade do ato que esteja a reclamar a aplicação de alguma sanção, tudo isso com alinhamento aos critérios de dosimetria previstos na legislação.

É preciso lembrar que no exercício das suas diversas funções o Estado pratica em alguma medida o fomento ou incentivo, inclusive na atividade sancionatória¹⁵⁸.

As pilhas de processos e a baixa resposta refletem a ótica binária que sempre prevaleceu nos atos sancionatórios, cujo efeito é de torção de braço e não de aprendizado e aprimoramento. Nos contratos de gestão essa lógica se reveste de maior perversidade, ainda que não voluntária, haja vista que a repercussão se irradia na população usuária dos serviços do equipamento público respectivo e até mesmo dos serviços do equipamento da organização social, além de atingir o próprio poder público, que deverá administrar os efeitos nocivos da prática protocolar e do automatismo.

Os agentes de controle precisam se afastar da lógica do dever mecânico de punição. É o que faz o recente Decreto nº. 10.887/2021, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e disciplina as sanções administrativas aplicadas pelos órgãos de defesa do consumidor. O novo ato normativo considera que a baixa lesão ao bem jurídico tutelado pode justificar a não instauração de processo administrativo sancionador, desde que adotadas medidas de supervisão. Essa solução confirma a compreensão de que a sanção é instrumento e não fim.

4.5 Regras gerais de contratações

Durante alguns anos perdurou discussão a respeito da necessidade ou não de licitação para celebração do contrato de gestão, haja vista o silêncio das leis que disciplinam esse módulo. Até que o Supremo Tribunal Federal decidiu na ADI 1923 que não se aplica o

¹⁵⁸ O fomento, ensina Di Pietro (1993), pode ser definido como uma atividade administrativa, porque é uma das atribuições do Estado que tem por objetivo atender a necessidades coletivas, enquadrando-se, por isso mesmo, no conceito de função administrativa, em oposição às funções legislativa e jurisdicional. É uma atividade que o Estado procura atender utilizando-se do particular. É para que o particular exerça essa atividade, o Estado utiliza inúmeros meios de incentivo, excluídos, naturalmente, os coativos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 191, p26-39, jan./mar. 1993. p. 31.

comando do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, mas os princípios previstos na cabeça do referido dispositivo.

A partir de então os entes públicos passaram a realizar chamamentos públicos, processos seletivos mais dinâmicos que as modalidades de licitação, inclusive inseriram disciplina a respeito na legislação que rege os contratos de gestão, como no caso do Município de São Paulo (Decreto Municipal nº. 52.858/2011¹⁵⁹). No Estado de São Paulo há apenas previsão de atribuição à Subsecretaria de Parcerias e Inovação de elaboração de chamamento público no Decreto Estadual nº. 61.036/2015, revogado pelo Decreto Estadual nº. 66.016/2021, que passou a função à Secretaria de Governo.

Superado o problema da aplicação imediata da lei de licitações, sobreveio o problema da insuficiência da regulamentação do chamamento público e da aplicação de critérios e procedimentos emprestados da Lei nº. 8.666/93¹⁶⁰.

Souza e Sundfeld (2011) afirmam que, “[t]emeroso de uma possível penalização, o gestor público terá então que abrir uma licitação à luz da Lei no 8.666/93 para a celebração da parceria com o terceiro setor. O resultado será uma contratação longe, muito longe do ideal, mas isso já não será, supostamente, um problema seu ou de quem o controla — e sim da sociedade que elegeu guiar-se por legislação inadequada. Donde a solução prática desenvolvida pelos administradores públicos: evitar chamar suas avenças com o terceiro setor de “contratos”, mas sempre de “convênio” ou algo do gênero, para não levantarem suspeitas de atração do inadequado regime licitatório da Lei nº 8.666/93”¹⁶¹.

Resultado disso, segundo esses autores, “é um contexto de confusão jurídica, de muita nebulosidade quanto ao direito em vigor, em que há risco de abusos”. Um deles seria o risco de exigência de que entidades do terceiro setor mimetizem comportamentos do Estado, como se os seus contratos com o Estado fossem pactos de importância menor, sua ação fosse mera extensão da atividade estatal, os recursos que lhes são transferidos estivessem sempre gravados como estatais, os seus agentes fossem na verdade servidores públicos — enfim, como

¹⁵⁹ “Art. 18. Quando houver mais de uma entidade qualificada para prestar o serviço objeto da parceria, a celebração do contrato de gestão será precedida de processo seletivo, por meio de Chamamento Público, conduzido por Comissão Especial instituída para essa finalidade”.

¹⁶⁰ Em interessante pesquisa sobre os julgamentos do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre exame prévio de editais de chamamento público de contratos de gestão, na sua dissertação de mestrado, Monteiro (2021) afirma que a análise do Tribunal é marcada pela aplicação indistinta da Lei nº. 8.666/93 e pela aplicação subsidiária da Lei nº. 8.666/93. MONTEIRO, Felipe Mikael Vasques. *Quais regras seguir em chamamentos públicos para organizações sociais: críticas a partir de uma análise da jurisprudência do TCE/SP*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021.

¹⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *As modernas parcerias públicas com o terceiro setor*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011.

se na prática fossem organizações estatais, desprovidas da liberdade que o mundo privado e a Constituição lhes asseguram¹⁶².

Essa intervenção exagerada, mimetização mesmo das organizações privadas, afronta por via indireta o art. 37, inciso XIX da Constituição Federal, segundo o qual somente por lei específica pode ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação. Ao impor o regime de direito público às organizações sociais, o poder público e os controladores criam figura à margem da Constituição Federal.

4.5.1 Capacidade econômico-financeira

É preciso sensibilidade para não tratar essas instituições como se estivessem integralmente inseridas no modelo econômico lucrativo, cuja estrutura normativa e mercadológica é distinta e muitas vezes incompatível com o propósito e atuação das organizações sociais.

A Lei Municipal nº. 14.132/2006, por exemplo, não prevê a exigência de capacidade financeira da organização social, na medida em que no contrato de gestão a responsabilidade pelo financiamento é exclusiva do poder público. Não obstante, o Decreto Municipal nº. 52.858/2011 inovou e determina a exigência da apresentação de satisfatória situação econômico-financeira, comprovada por meio do cálculo de índices contábeis usualmente aceitos¹⁶³, tal como o faz a Lei nº. 8.666/93.

¹⁶² O risco de mimetização da organização social é objeto de discussão na ADPF 559, proposta pelo Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde – IBROSS, em face do Decreto nº 62.528/2017, do Estado de São Paulo, o qual, segundo a petição inicial assinada por Gustavo Henrique Justino de Oliveira, inova no ordenamento jurídico paulista e fixa normas que descaracterizam a natureza privada da organização social. Ao fixar limite à remuneração dos empregados e diretores das organizações sociais e sujeitar a locação de imóvel à pesquisa de mercado, o decreto paulista interferiria no funcionamento da entidade privada. A divulgação da remuneração nominal dos empregados em sítio eletrônico afronta a intimidade e a vida privada (tratei desse tema no item 3.6 deste trabalho). As vedações quanto à composição da diretoria da organização social (titulares de cargos em comissão ou função de confiança na administração pública ou no Poder Legislativo ou dirigente estatutário de partido político) viola o princípio da legalidade e configura interferência na entidade privada.

¹⁶³ “Art. 27. As Organizações Sociais deverão apresentar a seguinte documentação: I - certificado de qualificação como Organização Social, emitido pela Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão; II - comprovação da regularidade jurídico-fiscal e de satisfatória situação econômico-financeira; III - declaração de idoneidade; IV - declaração de que não cumpre as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 2003; V - comprovante de inscrição do ato constitutivo ou estatuto, no caso de sociedades civis, acompanhado de prova da composição da diretoria em exercício. §1º. A situação financeira satisfatória será comprovada por meio do cálculo de índices contábeis usualmente aceitos.”

Em que pese a questionável inovação na ordem jurídica realizada pelo ato infra legal, não há detalhamento do que sejam satisfatória situação econômico-financeira e índices contábeis usualmente aceitos, sobretudo tendo em vista que a exigência repousa sobre uma organização social, associação civil, sem finalidade lucrativa, obviamente.

Silente o ato normativo, é necessário recorrer à legislação aplicada supletivamente, qual seja: Lei nº. 8.666/93, por força do que dispõe o seu art. 116¹⁶⁴ e do disposto no art. 184 da Lei nº. 14.133/2021¹⁶⁵. Note-se, aliás, que esta lei não inclui a análise econômico-financeira dentre as exigências para celebração dos módulos, cuja incidência se aplica, no que couber.

Quanto aos índices contábeis, a lei determina que a exigência deve ser justificada no processo administrativo e veda a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. Esse é o comando do §5º, do art. 31 da Lei nº. 8.666/93.

A comprovação da situação econômico-financeira está vinculada à necessidade de avaliação da posição financeira suficiente ao cumprimento das obrigações. Todavia, essa análise é incompatível com o contrato de gestão, módulo no qual a obrigação financeira está a cargo da administração pública, conforme se observa dos anexos C e D¹⁶⁶.

No tocante à motivação, o ato não pode estar sustentado unicamente em valores jurídicos abstratos, ou seja, a exigência não pode simplesmente reproduzir o texto do ato normativo (no caso do Município de São Paulo o Decreto Municipal nº. 52.858/2011), que prevê a análise da satisfatória situação econômico-financeira por meio de índices contábeis

¹⁶⁴ Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. §1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: I - identificação do objeto a ser executado; II - metas a serem atingidas; III - etapas ou fases de execução; IV - plano de aplicação dos recursos financeiros; V - cronograma de desembolso; VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

¹⁶⁵ “Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal”. A leitura desse dispositivo pode induzir à conclusão de que as disposições da lei se aplicam aos módulos por ela especificados somente em caso ausência de lei específica. Todavia, na minha leitura, uma vez que a lei se refere à “norma específica”, considero que ela pode ser aplicada mesmo que exista lei específica somente quando, no entanto, essa lei não contenha norma a respeito de determinada matéria disciplinada pela Lei nº. 14.133/2021.

¹⁶⁶ Quadro 12: o contrato impõe ao Município a obrigação de prover a organização social dos meios necessários à execução do objeto do contrato e de programar no orçamento os recursos necessários para custear a execução do contrato. Quadro 16: segundo o contrato, cabe ao Estado prover os meios necessários à execução do contrato e programar no orçamento os recursos necessários ao custeio da execução do objeto contratual, com transferências de recursos orçamentários e permissão de uso de bens móveis e imóveis, além da cessão de servidores públicos.

usualmente aceitos, conceitos esses de alto grau de indeterminação e abstração. O decreto não define o que seria satisfatória situação econômico-financeira para cumprimento de um contrato de gestão e qual seria o índice contábil usualmente aceito de uma organização social. Portanto, o chamamento público não pode se amparar unicamente na letra do comando infra legal, sob pena de violar a LINDB e o dever de motivação, cuja disciplina foi regulamentada pelo Decreto Federal nº. 9.830/2019¹⁶⁷.

É certo que a parceria celebrada com uma organização social, sob a forma de contrato de gestão, impõe ao poder público a exclusiva responsabilidade financeira, já que compete a ele oferecer a estrutura material e econômica para o cumprimento do objeto, uma vez que os serviços não são remunerados.

De tal sorte, não se vislumbra justificativa para que seja exigida das organizações sociais capacidade econômico-financeira, ao menos não segundo os parâmetros comumente aplicados nas licitações, a não ser que o objeto do contrato de gestão seja executado em equipamento da própria organização social, caso no qual a modelagem do contrato de gestão se altera sensivelmente.

O contrato de gestão tem como condicionante para a sua execução a disponibilização pelo poder público da infraestrutura e dos recursos financeiros necessários para a execução das atividades fomentadas, sem a qual a organização social não tem condições de executar as ações, uma vez que a responsabilidade financeira pelo serviço não pode ser dela exigida.

Essas conclusões decorrem do disposto na Lei Complementar Estadual nº. 846/98 e da Lei Municipal nº. 14.132/2006, bem como conteúdo dos contratos de gestão celebrados pelos respectivos entes (anexos A a D), que têm como objeto a execução de atividades e serviços em unidade pública de saúde, cujas disposições exigem tão somente do poder público a disponibilidade financeira e orçamentária, e não da organização social.

Não faz sentido exigir índices contábeis da organização social que movimentará todo o recurso financeiro exclusivamente em conta única e exclusiva, sujeita ao amplo controle

¹⁶⁷ Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. §1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa. §2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram. §3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão. §1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

e poder de fiscalização do poder público, bem como aos órgãos de controle, como Conselhos de Saúde, Tribunal de Contas e Ministério Público.

Outro fato que influencia a composição dos índices financeiros de uma organização social é que toda a movimentação contábil do contrato de gestão é registrada no nome da organização social, em que pese o ativo permaneça exclusivamente em nome do poder público, responsável pelas transferências financeiras parceladas. Portanto, eventual déficit financeiro da unidade se refletirá direta e imediatamente sobre a organização social, visto que incorporarão o cálculo do índice. Quanto mais contratos de gestão a organização social celebrar, maior será o risco de ela apresentar comprometimento da liquidez, situação que tem o potencial de restringir severamente o universo de interessas nos chamamentos públicos.

4.5.2 Estudo de economicidade

Mais um ponto de preocupação se refere ao estudo de economicidade e à estimativa de custos do contrato de gestão de saúde, condições recorrentemente objeto de críticas e apontamentos pelo Tribunal de Contas, conforme se observa das decisões que compõem os anexos E e F. Em vários julgados o controle externo cita a ausência de comparação de preços de mercado, como se a atividade a ser desenvolvida no contrato de gestão comportasse a mesma precificação daquelas desempenhadas comercialmente. Em uma ou outra decisão isolada o Tribunal de Contas cita a comparação entre organizações da mesma natureza.

Ocorre que, no caso da saúde, essa comparação é mais complexa e trabalhosa. Ainda que se equipare duas organizações sociais, a realidade do equipamento administrado por cada uma, até mesmo a localização e a população referenciada, bem como a situação da própria organização social afetam os custos; embora a instituição qualificada como organização social deva ser compulsoriamente sem finalidade lucrativa, não há obrigatoriedade de a entidade ser filantrópica ou possuir as certificações necessárias para o gozo de imunidade e isenções tributárias, por exemplo, o que certamente impacta nos custos das suas atividades.

Além disso, o foco do contrato de gestão é a entrega de resultados, razão pela qual a maioria dos chamamentos públicos utilizam como critério de escolha a melhor técnica. É claro que não se pode ignorar o custo, até porque o orçamento público é finito. Para prevenir eventual disparidade e para amplo conhecimento a respeito das despesas, uma alternativa seria exigir que a organização social apresente o projeto com todos os custos diretos e indiretos detalhados em planilhas abertas, de modo que seja possível, inclusive, auditoria prévia sobre o

planejamento orçamentário proposto. Também pode ser exigida a apresentação pela organização social dos lastros que nortearam a composição financeira do projeto, como as pesquisas salariais e os orçamentos obtidos junto aos fornecedores e prestadores de serviços.

4.5.3 Critérios de escolha

No tocante ao critério de seleção pela melhor técnica, esse também é um ponto crítico muito influenciado por tudo o que já foi dito no tópico sobre controle e fiscalização. Para que o poder público possa usufruir de todo o potencial do contrato de gestão é necessário que ele se desincumba do dever de construir e planejar o objeto do contrato mediante o mapeamento das metas e indicadores de desempenho, o que norteará o termo de referência ou projeto que comporá o chamamento público. Para tanto, pode, inclusive, usar da audiência pública antecipadamente ao chamamento para coletar informações e materiais destinados à composição do projeto.

O problema mais concentrado dos contratos de gestão que se irradia pela sua execução e é responsável em grande parte pelas demais deficiências do módulo é a ausência ou fragilidade do planejamento, ao menos do ponto de vista contratual.

A análise dos contratos de gestão testemunha o fato de que não há previsões consistentes no que se refere à estrutura e às demandas presente e futura. Os planos de trabalho não tratam com a devida consistência a respeito da evolução histórica, de modo a desenhar um cenário mais real para a trajetória da execução.

Esse fato se reflete diretamente na programação orçamentária e financeira. Em regra, o planejamento financeiro está mais atrelado ao orçamento da pasta destinado à atividade objeto do contrato de gestão do que à cobertura das ações previstas nele. Não há previsão detalhada sobre a evolução dos custos, menos ainda a existência de conta vinculada para depósito dos valores correspondentes às etapas de execução. O que há é somente um cronograma de desembolso fixo, que não acompanha a evolução do desenvolvimento do contrato e que não contempla todos os provisionamentos necessários, como a reserva técnica para passivo processual e trabalhista, por exemplo.

Como os recursos necessários ao financiamento do contrato de gestão não estão resguardados, é muito comum que o cronograma de desembolso seja descumprido, o que onera o orçamento do contrato e prejudica o desempenho.

Uma das sinalizações de que a relevância do planejamento e da sua efetividade é proeminente foi a introdução de mecanismo nesse sentido na nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº. 14.133/2021), a qual, não fosse o veto, imporiam nas contratações de obras o depósito prévio em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada (art. 115, §2º).

A diversidade entre a dinâmica dos contratos administrativos previstos na lei de licitações e os contratos de gestão, nesse caso, reforça a absoluta necessidade de se repensar as garantias de financiamento destes últimos. Se para o contrato administrativo, puramente econômico, houve preocupação quanto aos recursos financeiros, com maior razão deve haver atenção para o financiamento do contrato de gestão, marcado pela presença de um ator não lucrativo, cujas atividades dependem das transferências financeiras.

Fato é, em geral, que o governo não sabe gerir os recursos que detém e não tem a menor ideia de como funciona o fluxo de caixa de um contrato, menos ainda de um contrato de gestão. É comum atribuir à vinculação de valores o suposto comprometimento da alocação de recursos públicos, o que revela que o poder público contrata sem planejamento, a ponto de não conseguir manejar verbas para temas urgentes sem sacrificar a execução dos contratos. Esse pressuposto é facilmente verificado nas razões do veto ao art. 115 da Lei nº. 14.133/2021¹⁶⁸. O poder público ignora que o acautelamento do fluxo financeiro do contrato de gestão impõe mecanismos de garantia e que o financiamento compromete a exequibilidade do contrato.

Ainda no que se refere à técnica, é oportuna a indagação formulada pelo Conselheiro Maurício Faria em um dos julgados analisados (anexo E, quadro 29¹⁶⁹), de que, se

¹⁶⁸ “A propositura legislativa estabelece que nas contratações de obras, a expedição da ordem de serviço para execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida de depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada. Entretanto, e em que pese o mérito da proposta, a medida contraria o interesse público, tendo em vista que a obrigatoriedade de depósito em conta vinculada como requisito para expedição de ordem de serviço na execução de obras contribuirá para aumentar significativamente o empoçamento de recursos, inviabilizando remanejamentos financeiros que possam se mostrar necessários ou mesmo para atender demandas urgentes e inesperadas. Ademais, tem-se que a existência de financeiro não deve ser exigência para a ordem de início do contrato, mas apenas a previsão orçamentária, caracterizada pela conhecida nota de empenho. Por fim, tal medida infringe princípios e normas de direito financeiro, como o art. 56 da Lei nº 4.320, de 1964, que exige a observância do princípio de unidade de tesouraria e veda qualquer fragmentação para criação de caixas especiais, como seriam as contas vinculadas, para a realização de antecipação de pagamentos por parte da Administração, que depositaria o valor da etapa da obra de forma antecipada, antes do cumprimento da obrigação por parte do contratado.”

¹⁶⁹ Em seu voto, o conselheiro aduz: “Partindo dessa premissa, o caso em tela envolve determinadas indagações: Houve planejamento de política pública de saúde para a ação administrativa, a partir de um diagnóstico da situação preexistente, de forma a estruturar o estabelecimento das metas almejadas? Considerando que nesse modelo prioriza-se a noção de administrar por resultados, flexibilizando determinados procedimentos para compra de bens e contratação de serviços, é possível identificar no contrato em julgamento as medidas necessárias para uma fiscalização efetiva e eficaz quanto a esses resultados? Se, ao fim e ao cabo, o que se pretende é assegurar a qualidade e efetividade dos serviços, a capacidade operacional da OS não precisa ser concretamente dimensionada a partir do específico objeto, evitando que a qualificação prévia da Organização Social represente uma mera

o que se pretende é assegurar a qualidade e efetividade dos serviços, a capacidade operacional da organização social precisa ser concretamente dimensionada a partir do específico objeto, não deve representar mera formalidade desprendida do dimensionamento dos serviços e do alcance dos resultados pretendidos.

4.5.4 Qualificação

Ao contrário de ser um procedimento estritamente formal e protocolar, de simples outorga de um título à entidade, a qualificação como organização social poderia ser conduzida a partir de critérios técnicos e distribuída por diversos níveis, em conformidade com o porte e escopo dos serviços que poderão ser contratados pela organização social qualificada. Explico: a qualificação OS 1, por exemplo, seria atribuída às entidades que comprovem x anos de existência e atuação, x número de unidades administradas de porte y e empregadora de x pessoas; a qualificação OS 2 seria outorgada às entidades com comprovem 2x anos de existência e atuação, 2x número de unidades administradas de portes y e z, empregadora de 2x pessoas e portadora de certificações e creditações nível a; e assim por diante.

Também seria salutar, já no processo de qualificação, a exigência das organizações sociais da obrigação de instituírem estruturas de integridade corporativa (*compliance*), com sistema de controle interno, ouvidoria e setor responsável pela identificação e prevenção de riscos organizacionais (conforme previsto no projeto de lei complementar nº 50, comentado no capítulo 5 deste trabalho), o que colaboraria para o diálogo entre as instâncias de controle do poder público contratante e da organização social mencionado no item 4.2.1 desta tese.

4.5.5 Âmbito de aplicação da lei de regência do contrato de gestão

Por último, em algumas das decisões analisadas dos Tribunais de Contas (anexos E e F¹⁷⁰) observei que houve aplicação na fundamentação do julgado da Lei Federal nº. 9.637/1998, que disciplina o contrato de gestão no âmbito da União. As Instruções nº. 01/2020 do TCE/SP preveem expressamente a incidência da referida legislação quando conceitua o

formalidade desprendida do dimensionamento dos serviços e do alcance dos resultados pretendidos? As respostas a essas indagações revelam a realidade que surge dos presentes autos”.

¹⁷⁰ Quadro 32: “A Resolução SS 109/2011, mesmo que se creia ter sido balizada em estudos técnicos da própria Secretaria, está em desconformidade com o art. 7º, I e II, da Lei nº 9.637/98”.

módulo, por exemplo: “Contrato de Gestão: instrumento firmado entre Poder Público e entidade qualificada como Organização Social (OS), com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas na Lei Federal nº. 9.637, de 15 de maio de 1998 e na Lei Complementar nº. 846, de 04 de junho de 1998 e alterações;”.

O art. 15 da Lei nº. 9.637/1998 estende, no âmbito da União, os efeitos dos artigos 11 e 12, §3º para as entidades qualificadas como organizações sociais nos estados e municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos da lei federal¹⁷¹.

A lei federal não se impõe como legislação de âmbito nacional e, portanto, seus dispositivos não podem ser considerados normas gerais. Em reforço, a referida previsão do art. 15 sinaliza que a lei federal não é norma geral, haja vista que os seus comandos não são automaticamente estendidos e aplicados pelos demais entes federativos na ausência de legislação específica de cada um.

Exemplo disso é a exigência quanto à composição do conselho de administração da organização social. Abaixo as diferenças de governança (conselho de administração) entre a Lei Federal (Lei nº. 9.637/1998) e a Lei do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº. 846/1998), por exemplo:

Quadro 5 - Comparativo entre a lei federal e a lei estadual

Lei Federal (% ¹⁷²)	Membros do conselho	Lei Estadual (%)
20 a 40	Natos – representantes do poder público	
20 a 30	Natos – representantes da sociedade civil	
Até 10	Eleitos dentre os membros ou os associados	Até 55
10 a 30	Eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral	35
Até 10	Indicados ou eleitos	
	Eleitos pelos empregados da entidade	10

¹⁷¹ “Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais. Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão. §3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão”.

¹⁷² Percentual de composição obrigatória do conselho de administração.

O quadro 5 ilustra a disparidade quanto aos critérios de composição do conselho de administração. De um lado, a lei federal exige membros representantes do poder público e da sociedade civil, enquanto a lei estadual não o faz, o que pode ser considerado menor interferência na instituição privada. Por outro lado, relativamente aos demais componentes do conselho, há disparidade quanto ao percentual da composição, o que impossibilita a obtenção do título de organização social nas duas esferas concomitantemente, bem como impede que o critério de uma lei seja utilizado para qualificação pelo outro ente.

Almeida (2008) alerta, há alguns anos, que o art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal reservou à União competência legislativa privativa para editar normas gerais de licitação e contratação, e não de contratos. Para ele, são coisas distintas. “Contratação é a ação de contratar. Contrato é o objeto dessa ação”. Tipos contratuais, cláusulas necessárias e regime jurídico próprio seriam aspectos estruturais dos contratos; já a contratação diria respeito a normas de regência do ato de contratar, como a necessidade de previsão de recursos orçamentários, respeito ao resultado do procedimento licitatório e controles externos e internos pertinentes”¹⁷³.

Tendo em vista que a lei de contrato de gestão é norma de contrato, a Lei nº. 9.637/1998 não pode ser considerada geral e nacional, razão pela qual é indevida a aplicação da legislação federal aos entes federativos, sobretudo àqueles que legislaram sobre a matéria, sob pena de se criar um terceiro diploma legal, resultado da conjugação entre a lei federal e a lei do ente estadual ou municipal.

O fato que temos de enfrentar hoje é a existência de leis no âmbito dos estados e dos municípios que disciplinam a matéria, comportamento legislativo este que anuncia o não acolhimento da lei federal como diploma nacional e que abre espaço para os entes federativos legislarem, o que a grande maioria deles já fez. Por essa razão adiro à posição de Almeida (2008), malgrado não adotada pelo STF, que compreende a competência da União para legislar sobre normas gerais sobre o tema, como por exemplo decidiu na ADI 4.658-PR e ADI 3.735-MS.

Por outro lado, segundo o entendimento do Supremo, assiste competência aos Estados para legislar suplementarmente acerca de temas especiais. Se considerado o contrato administrativo disciplinado na lei de licitações e contratos um tipo geral, o contrato de gestão,

¹⁷³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contratos administrativos*. in JABUR, Gilberto Haddad, e PEREIRA JR., Antônio Jorge (coordenadores), *Direito dos Contratos II*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 193-216.

conforme defendo neste trabalho, é um tipo de contrato administrativo, razão pela qual pode ser considerado tema especial integrado à competência suplementar dos entes federativos.

Além disso, considerando que a Lei nº. 9.637/1998 não se impõe como normal geral sobre contratos de gestão, é certo que ficam os entes federados autorizados a exercer a competência legislativa plena (art. 24, §3º da CF), conforme decidiu o STF na ADI 3.059, na qual foi estabelecido que é da competência da União legislar sobre normas gerais seja por força do art. 22, inc. XXVII, seja por efeito do art. 24.

A questão não é de fácil solução, pois não é singela e incorpora complexidade hermenêutica ínsita à definição do parâmetro de “normas gerais”. Não obstante, para os efeitos deste trabalho ela não possui peso fundamental porque as temáticas postas aqui, à exceção daquela atinente à disciplina legal sobre a sanção de desqualificação, podem ser resolvidas por meio da modelagem dos contratos ou através de atos infralegais, no que tange ao aprimoramento do processo de qualificação.

O Estado não deve oprimir as organizações sociais e o terceiro setor por meio da regulamentação excessiva, o que compromete fortemente a autonomia e a independência, duas das principais características da sociedade civil, e resulta em ineficiência, na medida em que o Estado não se restringe à sua função indutora e não permite o otimismo gerencial proposto pelo contrato de gestão.

4.6 Rateio de despesas e contratos em rede

O rateio de despesas ocorre quando a organização social utiliza sua estrutura central (ou sede) para concentração e padronização de procedimentos com potencial ganho em escala. O Estado de São Paulo disciplinava superficialmente essa matéria por meio da Resolução SS-116, de 10/12/2012, revogada pela Resolução SS-107, de 08/11/2019¹⁷⁴.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo amadureceu seu entendimento a respeito da matéria e abandonou a presunção absoluta de que referido custo seria equivalente à

¹⁷⁴ “Artigo 2º - Na hipótese de concentração, pela Organização Social de Saúde, de parte dos serviços gerenciais em suporte técnico direto à administração, vinculado ao contrato de gestão, será admitida a cobrança por rateio, para cada contrato, condicionada à demonstração contábil-financeira da despesa operacional”. Disponível em: ftp://ftp.saude.sp.gov.br/ftpsessp/bibliote/informe_eletronico/2012/iels.dez.12/Iels232/E_R-SS-116_101212.pdf. Acesso em 22/03/2020.

taxa de administração. Agora o reconhece na categoria de rateio, cuja aplicação é regular desde que comprovadas as despesas e o aproveitamento em benefício do contrato de gestão¹⁷⁵.

Sumulou a questão por meio do Enunciado 41, o qual sedimentou o entendimento de que a taxa de administração é vedada em qualquer transferência ao terceiro setor.¹⁷⁶ Os julgamentos paradigmas que fundamentam o enunciado reúnem discussões sobre convênios, contratos de gestão e termos de parceria (OSCIPI), sem qualquer distinção entre eles. A solução aplicada partiu do raciocínio voltado aos convênios, que evoluiu naturalmente para os outros módulos sem reflexões quanto às especificidades de cada relação.¹⁷⁷

A taxa de administração, diferente dos custos indiretos, é um percentual fixo incidente sobre o valor total do contrato que pode ser apropriado pela organização social e aplicado nas finalidades previstas em seu estatuto, já que não lhe é permitido distribuir resultados entre os seus associados e dirigentes. No âmbito dos contratos de gestão não se admite taxa de administração porque haveria a imperiosidade de comprovação pormenorizada das despesas pagas com os recursos públicos. Esse pressuposto, além de ignorar o objetivo do controle de resultado, equipara o contrato de gestão ao convênio e esvazia o modelo arquitetado na Reforma do Estado.

A vedação também se ampara na suposta impossibilidade de obtenção de lucro pelas entidades do terceiro setor, bem como na condição de que os recursos públicos repassados devem ser aplicados integralmente no objeto do contrato de gestão.

Quanto à busca pelo lucro, esse é um dos mitos que rondam o terceiro setor. A legislação não veda o superávit das instituições, até porque não seria lógico nem inteligente presumir e formatar a constituição de organizações destinadas ao fracasso ou à mediocridade. O que o ordenamento proíbe é a distribuição do lucro entre os associados, fundadores e dirigentes dessas pessoas jurídicas, de modo que os recursos financeiros sejam canalizados integralmente para os fins sociais que motivaram sua criação. Portanto, mais uma receita, no caso a taxa de administração, seria bem recebida por organizações tão combatidas, num país

¹⁷⁵ Exemplificativamente, citamos os seguintes processos em trâmite no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: eTC-15641.989.17-3, TC - 025984/026/14, TC-21608/026/16, TC- 00010568.989.17-2, TC - 000461/007/14, TC-016088.026.17, TC-01673/007/15, eTC-00011918.989.17-9, TC-30618/026/15; TC-30616/026/15; TC-30619/026/15, eTC-125.989.15-2, TC-020862/026/16, TC-016091/026/17, TC-025980/026/2014, TC-007675/026/18, TC-14721.989.18-4, TC-020859.026.16, TC-30981/026/13.

¹⁷⁶ “Nos repasses de recursos a entidades do terceiro setor não se admite taxa de administração, de gerência ou de característica similar”. Não há entendimento sumulado do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

¹⁷⁷ TC-001532/007/06 (ARC, 1ª Câmara, sessão de 05/05/2009); TC-001924/005/07 (RM, 2ª Câmara, sessão de 02/03/2010); TC-001564/009/08 (RM, 2ª Câmara, sessão de 20/09/2011); TC-022743/026/07 (RMC, 2ª Câmara, sessão de 13/12/2011); TC-001213/007/08 (JR, Tribunal Pleno, sessão de 18/07/2012); TC-028836/026/10 (DR, 1ª Câmara, sessão de 25/09/2012); TC-000928/004/09 (RM, 2ª Câmara, sessão de 11/12/2012).

que não tem cultura de caridade pelos ocupantes do topo da pirâmide econômica¹⁷⁸. Aliás, a existência de taxa de administração poderia resolver alguns problemas sobre as responsabilidades pelos riscos da atividade objeto do contrato de gestão, inclusive possibilitaria melhor alocação dos riscos na respectiva matriz (discutida no item 4.3 deste trabalho), já que a remuneração garantiria maior fôlego à organização social, que atualmente nada recebe pela execução do serviço.

Sobre a aplicação dos recursos financeiros no objeto do contrato de gestão, essa é uma falsa premissa. A legislação, por exemplo, não veda que o contrato de gestão tenha como objeto a execução de atividades em unidade própria da organização social. Se celebrado um contrato que seja executado em equipamento da organização social, a taxa de administração será aplicada no mesmo objeto, já que a entidade está obrigada a aplicar seus recursos nas finalidades do seu estatuto¹⁷⁹. O mesmo ocorrerá se o contrato for executado no equipamento público. Se a finalidade estatutária da organização social é a saúde, igual objeto do contrato de gestão, os valores recebidos a título de taxa de administração continuarão destinados à saúde, todavia, em serviço executado pela instituição tutelada pelo Estado para contribuir com ele na missão de garantir amplo acesso à população.

Há decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (vide anexo F, quadro 41¹⁸⁰) que consignam que a dependência da organização social de recursos provenientes do Estado decorre da própria essência do contrato de gestão. Não há que se aventar que tal dependência estaria por macular a parceria estabelecida, sobretudo se o objeto do contrato é um equipamento público, cujo atendimento aos pacientes é gratuito, gerenciado por uma organização social e não por uma entidade particular exploradora de atividade econômica.

Não vejo, portanto, razões jurídicas e lógicas para vedação da taxa de administração no âmbito dos contratos de gestão. Fato é que a precitada resolução vigente do Estado de São Paulo contém vedação.

¹⁷⁸ A respeito da função social de grandes heranças: SCHÜLER, Fernando. *Eufrásia e Carnegie. A grande sacada é que os ricos doem em vida. Apliquem seu dinheiro de um jeito inteligente e evitem sua dispersão*. VEJA de 8 de dezembro de 2021, edição nº 2767. Disponível em <https://veja.abril.com.br/blog/fernando-schuler/eufrasia-e-carnegie/>

¹⁷⁹ Não vejo restrições legais para que o contrato de gestão tenha como objeto a execução de serviços e atividades em equipamento/unidade da organização social, em que pese não exista precedente no Estado e Município de São Paulo, conforme confirmaram a pesquisa e as entrevistas (anexo G). Nesse sentido, a Portaria nº. 1.034/2010, do Ministério da Saúde, inclui o contrato de gestão dentre os módulos para complementaridade de serviços de saúde com instituições privadas, a sugerir que ele pode ter como objeto serviço da própria entidade.

¹⁸⁰ “A questão destacada pela empresa de auditoria independente em parágrafo de ênfase de seu parecer, relacionada à dependência da OS de recursos provenientes do Estado, decorre da própria essência do contrato de gestão, não havendo que se aventar que tal dependência estaria por macular a parceria estabelecida”.

Voltando ao rateio dos custos indiretos e aos termos dos atos normativos estaduais, a resolução primitiva continha um único dispositivo que permitia a concentração, pela organização social, de parte dos serviços gerenciais em suporte técnico direto vinculado ao contrato de gestão e a cobrança por rateio, para cada contrato, condicionada à demonstração contábil-financeira da despesa operacional¹⁸¹.

A regulamentação limitada deixava dúvidas quanto ao que estaria abrangido por suporte técnico direto e como se daria a comprovação da vinculação direta ao contrato. Além disso, não tratava sequer superficialmente a respeito do método de cálculo do rateio, já que este pressupõe o compartilhamento de despesas entre vários contratos.

A resolução que sucedeu a regulamentação inaugural e a revogou trata o rateio como exceção, conforme anuncia dentre os seus “considerandos”, e somente o admite quando demonstrada a real economia proporcionada. Embora repita as disposições do ato revogado, a Resolução SS-107 prevê que as despesas passíveis de ressarcimento devem atender a critérios de rastreabilidade (comprovação documental, com lançamento contábil), clareza (imediate visualização da pertinência da despesa com o objeto do contrato), proporcionalidade (participação de todas as unidades [contratos] beneficiadas, na medida da sua participação, inclusive da organização social) e economia (comprovação de que a despesa rateada é menos onerosa do que sua execução direta no contrato).

Quanto à vinculação ao contrato de gestão, a resolução determina que a despesa objeto de rateio deve se vincular obrigatória e diretamente à execução e ser indispensável ao alcance do módulo, usual e inerente à atividade. Veta o rateio para dezoito modalidades de despesas. Dentre elas chama a atenção ao menos três tipos de despesas que compõem necessariamente a ideia de concentração e, todavia, não são permitidas: manutenção de estrutura física, aluguel da sede ou qualquer outro imóvel e serviços jurídicos.

A manutenção de estrutura física ou aluguel da sede da organização social é condição para que a concentração ocorra, uma vez que ela pressupõe a existência de um espaço físico onde o quadro de pessoal se reúna para a execução das atividades que poderão ser compartilhadas entre a organização social e as unidades por ela administradas. Poder-se-ia cogitar que esse custo pertence somente à organização social. Não necessariamente. Essa afirmação é verdadeira caso a estrutura sirva apenas para atender o consumo próprio da organização, limitado à sua ou às suas poucas unidades. Todavia, se o espaço demandar maior amplitude para atendimento de vários contratos de gestão, além da unidade própria da entidade,

¹⁸¹ Disponível em www.saude.sp.gov.br/ses/legislacao/base-de-dados-de-legislacao-em-saude

não há razão para o veto. Para distribuir essa despesa de forma equitativa se aplica o critério da proporcionalidade previsto na resolução, de modo que a unidade que receber mais serviços deverá participar com maior intensidade da partilha.

O mesmo raciocínio se aplica aos serviços jurídicos, somente admitidos para composição do rateio se a unidade (contrato) beneficiada não dispor de profissionais para a mesma finalidade. A proibição ignora que a dimensão do jurídico interno da organização social dependerá da quantidade de contratos que ela administra, uma vez que esses profissionais são responsáveis pela centralização das estratégias e orientações sobre as demandas, que são proporcionalmente maiores à medida que aumentam as unidades gerenciadas. Na prática, a vedação impossibilita a organização social de contratar serviços jurídicos externos ou lhe impõe a escolha de não manter jurídico interno caso haja necessidade da contratação de terceiros. Também aqui a proporcionalidade resolve eventual desequilíbrio entre benefício e participação.

No que tange à proporcionalidade, embora a resolução anuncie o seu conceito, não detalha objetivamente como a partilha dos custos deverá ocorrer. Tal como o fazem algumas organizações sociais em suas políticas de rateio, o ato normativo poderia fixar parâmetros ou até uma fórmula para o cálculo e distribuição das despesas entre as unidades que participam da concentração e rateio, sobretudo para garantir uniformidade, pois hoje cada organização social calcula a distribuição da participação das unidades a seu modo.

A prática de concentração e compartilhamento de serviços que inspirou o rateio de despesas pode ser potencializada por meio dos contratos em rede, ou seja, da organização de contratos que abrangem mais serviços, ainda que celebrados individualmente, de modo que todos se beneficiem do mesmo sistema corporativo.

O Decreto Estadual nº. 57.105/2011, que disciplina os contratos de gestão da área de atendimento e promoção dos direitos das pessoas com deficiência, permite a vigência simultânea de mais de um contrato de gestão entre o Estado e uma mesma organização social, desde que respeitada a capacidade operacional da entidade.

Não é incomum que uma organização social celebre mais de um contrato de gestão com o mesmo ente federativo. Nesse caso, o rateio deveria ser um sistema impositivo a essas organizações sociais com previsão no chamamento público, cuja exigência se aplique somente às entidades nessas condições, de modo que a estrutura corporativa seja uma realidade bem arquitetada para proporcionar a máxima potencialidade de economia e otimização de custos e desempenho.

4.7 Proteção de dados pessoais

O tratamento de dados a partir da relação estabelecida entre o poder público e uma organização social é complexa e precisa ser devidamente disciplinada. No caso deste estudo, os dados pessoais manipulados pelos referidos atores são sensíveis, sob os quais pesa maior rigor. O Estado e aqueles que com ele mantêm relação próxima não devem somente se adequar à LGPD, devem fomentar as boas práticas e estimular os terceiros ao tratamento de dados responsável.

Os atores e as atividades de cada qual precisam ser bem definidos. Ora o poder público será controlador e a organização social operadora, ora a organização social poderá ser controladora e operadora ou transferir esta última função a terceiro. Por exemplo, quando o poder público compartilha dados pessoais com a organização social coletados por ele próprio, provavelmente estará na posição de controlador. Já quando a organização social coleta os dados pessoais diretamente dos titulares, naturalmente ela será a controladora¹⁸².

Todavia, a definição dos papéis me parece o menor dos problemas. É preciso que o poder público realize a lição de casa determinada pela Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, Lei nº. 13.709/2018, e avalie amplamente quais dados pessoais são coletados e para quais finalidades. Até o advento da lei era muito comum a coleta e tratamento desenfreado de informações e isso provavelmente não se alterou após a publicação do diploma legal. Além desse ritmo possivelmente descontrolado de captura de dados, é provável que não haja um inventário ou mapeamento do acervo, menos ainda ferramentas de rastreamento dos dados pessoais em posse do Estado. Por essas razões é necessário que a atividade de tratamento de dados pelo poder público seja enfrentada com rigor, sobretudo para atendimento aos princípios e diretrizes da LGPD.

O Decreto Estadual nº. 65.347/2020, que dispõe sobre a aplicação da LGPD no âmbito do Estado de São Paulo determina o monitoramento de dados pessoais e de fluxos das respectivas operações de tratamento, a análise de risco e a elaboração e atualização da Política de Proteção de Dados Pessoais.

O Decreto Estadual nº. 64.790/2020 criou o Comitê Gestor de Governança de Dados e Informações do Estado de São Paulo, a quem caberá: I - mapear e requisitar dados e

¹⁸² Nos termos do art. 5º, incisos VI e VII da Lei nº. 13.709/2018, são: “controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”.

informações gerados ou coletados por órgãos e entidades da Administração Pública estadual, necessários à formulação, implementação e avaliação de políticas públicas do Estado; II - observar as disposições da Lei nº. 12.527/2011, do Decreto nº. 58.052/2012 e da LGPD; III - fomentar a inovação tecnológica na gestão de dados e informações; IV - uniformizar normas e procedimentos relacionados à política de governança de dados e informações no âmbito da Administração Pública estadual¹⁸³.

No âmbito do Município de São Paulo, o Decreto Municipal nº. 59.767/2020, que regulamenta a LGPD, determina que as Secretarias e Subsecretarias mantenham continuamente atualizados o mapeamento dos dados pessoais existentes e dos fluxos de dados pessoais em suas unidades, a análise de risco, o plano de adequação, observadas as exigências do decreto, e o relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando solicitado.

O ato normativo municipal veda aos órgãos e entidades da administração pública a transferência a entidades privadas de dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, exceto: em casos de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observado o disposto na Lei nº 12.527/2011; nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições da LGPD; quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada, por meio de cláusula específica, em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, cuja celebração deverá ser informada pelo responsável ao Controlador Geral do Município para comunicação à autoridade nacional de proteção de dados.

Em quaisquer das hipóteses a transferência de dados dependerá de autorização específica conferida pelo órgão municipal à entidade privada e as entidades privadas deverão assegurar que não haverá comprometimento do nível de proteção dos dados garantido pelo órgão ou entidade municipal.

Já o Decreto Municipal nº. 60.663/2021, que institui o Cadastro Base de Pessoas, os Cadastros de Uso Geral, o “Login Único” e o Comitê Central de Governança de Dados,

¹⁸³ A Nota Técnica SUBG-CONA nº. 14/2020 da Procuradoria Geral do Estado fixa orientações sobre a adequação dos contratos administrativos celebrados sob a égide da Lei nº. 8.666/93 e estabelece cláusulas padrões a serem inseridas nesses módulos, com a advertência que eventual pedido de reequilíbrio econômico-financeiro deve ser analisado casuisticamente. Já no Parecer CJ/SS nº. 310/2021, a Procuradoria Geral alerta sobre a necessidade de revisão dos contratos de gestão de saúde vigentes, inclusive para imposição de limites quanto à subcontratação de atividade que envolva tratamento de dados; expõe preocupação quanto ao compartilhamento de dados sensíveis pelo Estado; orienta sobre a definição de níveis de acesso pelas organizações sociais aos bancos de dados estaduais; recomenda a elaboração de termo de consentimento a ser assinado pelo paciente/usuário SUS; e observa que o tratamento de dados pessoais deve ser realizado exclusivamente por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária.

dispõe somente sobre a governança e o compartilhamento de dados no âmbito da administração pública municipal direta e indireta. Não prevê o compartilhamento com entidades privadas.

O alto volume de dados e a classificação de parte deles dos dados sensíveis exigirá das organizações sociais de saúde ações de adequações às mudanças promovidas pela LGPD, o que causará desequilíbrio econômico-financeiro caso essas atividades não estejam contempladas no contrato de gestão, visto que é uma hipótese de superveniência de encargo extraordinário resultante da execução de obrigação legal e regulatória superveniente.

Para além de disciplinar contratualmente sobre as adequações necessárias para o tratamento de dados pessoais no relacionamento com os particulares, sobretudo com as organizações sociais, além de fazê-lo lateralmente nos atos normativos, o poder público precisa se preocupar com a integração com essas entidades, principalmente aquelas responsáveis pela execução de serviços públicos de saúde, haja vista a necessidade de transitar dados pessoais e de compatibilidade e adequação dos sistemas informativos, que devem estar preparados, inclusive, para a portabilidade. Seria o caso de incluir as organizações sociais senão como integrantes dos comitês e demais organismos responsáveis pela proteção de dados, ao menos como participantes ativas das reuniões e frentes de trabalho.

Isso porque a garantia da proteção dos dados pessoais dos usuários passa por muitos detalhes. Por exemplo, no serviço de entrega de medicamentos, há relatos (Parecer CJ/SS nº. 310/2021 citado na nota de rodapé 183) de que os fármacos são endereçados aos pacientes em envelopes transparentes, de modo que é possível visualizar os dados dos usuários. Esta dentre várias outras situações precisam ser avaliadas e saneadas para que a proteção de dados seja efetiva.

A autorização genérica à administração pública de tratamento de dados para execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou com respaldo em contratos, convênios ou módulos congêneres não pode ser interpretada como salvo conduto para o exercício dessa atividade pelo poder público. É necessário que para cada política pública ou módulo convencional o Estado avalie a atividade de tratamento para sistematizá-la, para reduzi-la ao estritamente imprescindível e para produzir as ferramentas aptas à proteção e segurança dos dados pessoais.

A EC 115 incluiu a proteção de dados pessoais como direito fundamental, cuja competência para legislar passou a ser privativa da União. A partir dessa alteração constitucional que confirma o status desse direito é possível afirmar que a previsão impõe o dever ao poder público de garantir a proteção de dados aos cidadãos, seja por meio das suas

próprias atividades de tratamento, seja por meio da regulação e fiscalização da atividade de tratamento exercida pelos particulares.

Por fim, é necessária definição no contrato de gestão ou em ato normativo a respeito do inventário dos dados pessoais coletados e compartilhados durante a execução do módulo e a transferência (entrega definitiva) de quais dados será obrigatória ao final da vigência do contrato e de que forma ela será realizada.

4.7.1 Lei de acesso à informação

Além dos dados que transitam entre os usuários, a organização social e o poder público, há as informações pertinentes à execução do contrato, objeto do dever de transparência, em que pese esse dever se refira aos dados do Estado (e daqueles referentes ao Estado em poder da organização social) e não dos cidadãos ou de terceiros relacionados à execução do contrato de gestão¹⁸⁴.

Além de determinar que a administração pública deve obediência ao princípio da publicidade no *caput* do art. 37, a Constituição Federal concretiza o princípio em outras disposições. No art. 5º, inciso XXXIII garante o direito de recebimento dos órgãos públicos de informações de interesse particular ou de interesse coletivo. Ainda no art. 5º, inciso LXXII prevê o *habeas data* como ferramenta para assegurar o conhecimento de informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, assim como para a retificação de dados. No art. 216, §2º estabelece que cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

A Lei nº. 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação (LAI) regulamentou os dispositivos constitucionais atinentes ao princípio da publicidade e conferiu efetividade ao direito ao acesso à informação. A lei afirma que os procedimentos nela previstos destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem observar a publicidade como preceito geral, o sigilo como exceção e o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública. O Decreto nº 7.724/2012, que regulamenta a lei no

¹⁸⁴ A Lei nº. 13.460/2017 (código de defesa dos usuários dos serviços públicos) prevê que com direito básico do usuário a proteção de suas informações pessoais (art. 6º, inciso IV).

âmbito federal, classifica a transparência em ativa e passiva¹⁸⁵. Pelo que se depreende do texto, a transparência ativa é a disponibilização das informações independentemente de solicitação; já a transparência passiva seria o atendimento de pedidos de acesso à informação¹⁸⁶.

Os órgãos públicos passaram a manter os portais de transparência, sítios eletrônicos onde são disponibilizadas, de ofício (transparência ativa), as informações pertinentes às atividades públicas e onde é possível formular pedido de acesso a informação não disponível no portal (transparência passiva).

A LAI determina que o tratamento das informações pessoais seja feito com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

As informações pessoais terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

O consentimento somente não será exigido quando as informações forem necessárias à prevenção e diagnóstico médico; quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; ao cumprimento de ordem judicial; à defesa de direitos humanos; ou à proteção do interesse público e geral preponderante.

¹⁸⁵ Em verdade a transparência ativa está disciplinada de forma mais explícita pela Lei Complementar nº. 131/2009, que acrescentou dispositivos à Lei Complementar nº. 101/2000: “Art. 1º O art. 48 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 48. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.” “Art. 2º A Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 48-A, 73-A, 73-B e 73-C: Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.”

¹⁸⁶ Medauar (2017) afirma que é inadequada a classificação proposta pelo decreto federal, uma vez que o vocábulo passiva representa o contrário da obrigação imposta à administração de propiciar o acesso a informações, que supõe atividade. Para a autora seria mais adequado falar em transparência de ofício e transparência provocada (*O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 311).

Além do consentimento expresso, o Decreto Federal nº. 7.724/2012 e o Decreto Municipal nº. 53.623/2012 condicionam o acesso à assinatura de termo de responsabilidade, o qual deve dispor sobre a finalidade e a destinação que fundamentaram a autorização do acesso a informações de terceiros, e sobre as obrigações a que se submeterá o requerente.

Embora a LAI e o seu regulamento contenham disposições que claramente restringem o acesso a informações pessoais, com o objetivo de proteger a intimidade e a privacidade dos indivíduos, conforme determina a Constituição Federal, não detalham claramente a forma de tratamento dos documentos que contêm informações pessoais, tal como o faz no que tange às informações protegidas por sigilo¹⁸⁷.

A administração pública é um agente de tratamento de dados pessoais e está sujeita aos ditames da LGPD. Quanto a isso não há dúvidas. Todavia, diferente do particular, à administração pública são autorizadas outras hipóteses de tratamento de dados pessoais: tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; para a tutela da saúde, em procedimento realizado por entidades sanitárias.

A LGPD tem um capítulo que disciplina exclusivamente a atividade de tratamento pela administração pública (artigos 23 a 32). Chama a atenção a redação do art. 23, que faz remissão à LAI¹⁸⁸ para qualificar as pessoas jurídicas de direito público que se sujeitam às suas disposições, além de estabelecer que o tratamento por essas pessoas jurídicas deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, com informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos.

¹⁸⁷ O Projeto de Lei 3101/2021, proposto pela Deputada Adriana Ventura (NOVO/SP), tem como objetivo alterar a Lei Geral de Proteção de Dados para assegurar a transparência de informações sobre agentes públicos no exercício de suas funções. O PL altera o artigo 2º para inserir parágrafo único dispondo que “nenhuma disposição desta Lei poderá ser utilizada para fundamentar negativas de acesso a informações sobre agentes públicos no exercício de suas funções e sobre agentes privados que recebam ou gerenciem recursos públicos”. Além disso, também insere o §6º no artigo 23, para determinar que as operações de tratamento necessárias ao cumprimento das obrigações previstas na Lei nº. 12.527/11 também constituem finalidade do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. Atualmente, o PL está na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

¹⁸⁸ “Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei: I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

O §2º do precitado dispositivo ressalva que o disposto na LGPD não dispensa a administração pública de instituir as autoridades de que trata a LAI; e o §3º determina que os prazos e procedimentos para exercício dos direitos do titular perante o poder público observarão o disposto em legislação específica, em especial as disposições constantes das Leis nº 9.507/1997, nº 9.784/1999 e nº 12.527/2011.

Essas previsões dão pista consistente a respeito do relacionamento entre a LGPD e a LAI, no sentido de que deverá haver mais harmonia do que conflitos entre ambas as legislações. Observe-se, aliás, que a LGPD tem dentre os seus fundamentos a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (art. 2º, inciso III)¹⁸⁹.

A partir da disciplina da LGPD, embora pouco detalhada no que se refere à sua influência no cumprimento do direito de acesso à informação, o que poderá ser feito pelo regulamento da lei, é possível concluir que a publicidade não foi reduzida, mas o seu cumprimento estará sujeito aos novos procedimentos, por certo mais compatíveis com o direito à intimidade e à privacidade.

O desafio está em verificar quando o consentimento será necessário, conquanto esta não é a principal hipótese de tratamento e já se fala em fadiga do consentimento, uma vez que, por insegurança, grande parte dos agentes de tratamento se recorrem a essa hipótese legal para justificar o tratamento de dados.

Mesmo quando a LAI determina a obrigatoriedade de consentimento em algumas situações, a administração pública poderá se utilizar de outras hipóteses legais previstas na LGPD para a realização da atividade de tratamento, como o legítimo interesse e o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais, cláusulas abertas que carecem de definição e delimitação precisa.

Em que pese a maior abertura concedida pela LGPD, no caso do cumprimento do direito de acesso à informação, disciplinado por lei específica, devem ser rigorosamente observados os dispositivos da LAI, que são até mais rigorosos que aqueles da LGPD, visto que, conforme o disposto na lei de acesso à informação, as informações pessoais terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 anos a contar

¹⁸⁹ Em que pese a superveniência da LGPD não seja motivo para mitigação ou limitação do cumprimento da LAI, o número de respostas negadas a pedidos de acesso à informação que mencionavam a LGPD saltou de 19, em 2019 – quando apareceram pela primeira vez, antes de a lei entrar em vigor— para 178 em 2021. A análise é da Transparência Brasil em parceria com a ABRAJI (Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo), feita a partir de um universo de pedidos e respostas públicos realizados entre 2015 e 2021. É o que relata a reportagem: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/12/gsi-e-o-orgao-que-mais-usa-a-lgpd-para-negar-pedidos-de-informacao-diz-relatorio.shtml?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=newsjus

da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; somente poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

A não ser que haja justificativa plausível para o acesso aos dados pessoais¹⁹⁰, a sua divulgação não pode ocorrer de forma indiscriminada, tendo em vista que o interesse público e outras cláusulas abertas não são salvo conduto para que a administração pública trate dados pessoais sem os cuidados necessários destinados ao respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, aos direitos humanos, ao livre desenvolvimento da personalidade, à dignidade e ao exercício da cidadania.

Muitos documentos divulgados pela administração pública por meio da transparência ativa e pela transparência passiva contêm dados pessoais. Um contrato, por exemplo, qualifica as partes; alguns módulos de cooperação, como o contrato de gestão, exigem prestações de contas onde provavelmente constam dados pessoais de usuários de serviços públicos; isso só para citar dois exemplos triviais. Em tese, antes de divulgar referidos documentos a administração pública deverá zelar pela omissão dos dados pessoais, mediante anonimização ou pseudonimização, ou simplesmente por meio da rasura do documento nas partes que contenham dados pessoais. Caso assim não proceda, o poder público terá de enfrentar a difícil tarefa de obter o consentimento dos titulares dos dados pessoais e de gerir o tratamento em conformidade com essa hipótese legal, à qual a LAI restringe o tratamento.

É bom lembrar que a violação aos ditames da LGPD poderá resultar, além da aplicação das sanções da LGPD, nas sanções da Lei nº. 8.112/1990, da Lei nº. 8.429/1992 e da Lei nº. 12.527/2011. Esta última, aliás, considera conduta ilícita divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal, sujeita às sanções de advertência; multa; rescisão do vínculo com o poder público; suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a 2 anos; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

¹⁹⁰ A própria LAI, por exemplo ressalva que a restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância (art. 31, §4º).

4.7.1.1 Lei de acesso à informação aplicada às organizações sociais

A LAI determina que se aplicam as suas disposições, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Não há dispositivos na lei que disciplinem a cláusula aberta “no que couber”. O Decreto Federal nº. 7.724/2012 e o Decreto Municipal nº. 53.623/2012 contêm um capítulo dedicado às entidades privadas.

No referido capítulo está previsto que as entidades privadas sem fins lucrativos que receberem recursos públicos para realização de ações de interesse público deverão dar publicidade, em sítio na internet da entidade privada e em quadro de avisos de amplo acesso público em sua sede, às seguintes informações: cópia do estatuto social atualizado da entidade; relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade; e cópia integral dos convênios, contratos, termos de parcerias, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres, respectivos aditivos, e relatórios finais de prestação de contas, na forma da legislação aplicável.

Essas informações deverão ser publicadas a partir da celebração do convênio, contrato, termo de parceria, acordo, ajuste ou instrumento congênere, atualizadas periodicamente e disponibilizadas até cento e oitenta dias após a entrega da prestação de contas final.

Embora sujeitas parcialmente à transparência ativa, a transparência passiva referente aos convênios, contratos, termos de parcerias, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres deve ser exercida diretamente perante os órgãos e entidades responsáveis pelo repasse de recursos, exceto quanto às entidades com personalidade jurídica de direito privado constituídas sob a forma de serviço social autônomo, destinatárias de contribuições, as quais são diretamente responsáveis por fornecer as informações referentes à parcela dos recursos provenientes das contribuições e dos demais recursos públicos recebidos.

A divulgação dessas informações deverá ocorrer com as mesmas cautelas exigidas da administração pública, haja vista a proteção à intimidade e privacidade garantida pela LAI. Portanto, as entidades privadas devem ter o cuidado de preservar os dados pessoais contidos nos documentos que sejam objeto de publicização, por meio de anonimização ou pseudonimização ou por rasura das informações pessoais, exceto se houver consentimento dos respectivos titulares.

Além dos dados pessoais dos usuários do serviço público, dentre os quais podem estar incluídos dados sensíveis, como no caso do contrato de gestão de saúde, cuja responsabilidade pela guarda é da organização social e também do poder público com quem eles são compartilhados e cuja divulgação não poderá ocorrer, haja vista o dever de zelo pela intimidade e privacidade determinado pela própria LAI, há ainda os dados pessoais dos empregados ou terceiros que prestam serviços no âmbito do respectivo módulo convencional.

Esses empregados e terceiros, diferentemente dos servidores públicos, não têm vínculo de sujeição especial e o regime jurídico que rege sua relação de emprego é privado. Não são, portanto, cidadãos que decidiram ingressar no serviço público e aderiram ao regime jurídico próprio da administração pública, que prevê a publicidade de todas as informações de interesse da coletividade, dentre elas o valor pago a título de remuneração, como “preço que se paga pela carreira pública”, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal¹⁹¹.

No caso dos empregados particulares, o direito à privacidade e à intimidade não é e não pode ser mitigado pelo dever de informação e transparência, sendo que, inclusive, o Decreto Federal nº. 7.724/2012, o Decreto Estadual nº. 58.052/2012 e o Decreto Municipal nº. 53.623/2012 não incluem os empregados privados na divulgação obrigatória. Como vimos no tópico anterior, a determinação normativa é de divulgação apenas da relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade.

A ausência de previsão da obrigação de divulgação dos salários dos empregados privados não é omissiva. Significa que as entidades privadas não estão sujeitas a essa obrigação, na medida em que os empregados contratados por elas não são servidores públicos enquanto agentes públicos mesmos, razão pela qual não podem ser afetados pelas obrigações relativas a essa classe de agentes.

A LAI, embora imponha transparência quanto à utilização das verbas públicas recebidas, não obriga a divulgação em sítios eletrônicos dos nomes dos empregados e respectivos cargos e salários. Limita a transparência ao dever de informar onde foram aplicados

¹⁹¹ Na SS 3902, no ARE 652777 e na Ação Originária 2367, dentre outros precedentes, o STF afirmou que a informação do agente remunerado pelos cofres públicos tem caráter estatal e não há conflito entre a intimidade e a privacidade. Para o Supremo, a remuneração bruta, cargos e funções são constitutivos de informação de interesse geral e a divulgação é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública. A discussão emergiu sobretudo a propósito da divulgação dos cargos e salários nos sítios eletrônicos pela administração pública, em cumprimento à ordem contida no decreto que regulamenta a LAI. A matéria não foi apreciada sob a ótica da proteção de dados e surpreendentemente não passou pela análise das restrições contidas na própria LAI, o que possibilita que o assunto volte à tona. A mitigação do direito à intimidade e à privacidade aplicada pelo STF nos precedentes precitados na verdade reduziram de forma significativa referidos direitos, sem avaliação quanto ao tratamento adequado das informações pessoais.

os recursos recebidos e não à divulgação pormenorizada da utilização dos recursos mediante a exposição dos dados pessoais de todas as pessoas que o receberam.

Não obstante, a Lei Municipal nº. 17.273/2020¹⁹² (vide quadro 8 do anexo A) contém disposição que determina a divulgação de todas as informações atinentes ao contrato de gestão, inclusive os salários dos empregados, e o Comunicado SDG nº. 016/2018¹⁹³ do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo impõe a obrigação às entidades privadas de divulgação dos nomes, cargos e salários dos seus empregados. Referido ato infra legal do TCE/SP, além de contrariar as disposições da LAI, é anterior à LGPD, visto que data de 18 de abril de 2018.

As organizações sociais não são entes da administração pública descentralizada. Os seus empregados não são servidores públicos e a eles não são aplicáveis as normas constitucionais ou legais destinadas à administração pública, como por exemplo a admissão de pessoal, a acumulação de cargos, a remuneração e a transparência. Cogitar o contrário é autarquizar organização que não goza das mesmas prerrogativas da administração pública, cujos empregados também não usufruem dos mesmos benefícios que os servidores públicos.

A LAI, no seu art. 31, dispõe de regramento direcionado às informações pessoais e resguarda os princípios da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. Considera referidas informações de acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo, a agentes públicos legalmente autorizados e à

¹⁹² Referida legislação municipal ignora os imperativos de privacidade e intimidade da lei de acesso à informação e da lei geral de proteção de dados e, é claro, dos comandos constitucionais. Além da cogente obrigação de divulgação dos nomes e salários dos empregados, a lei determina a divulgação dos contratos, nos quais há informações pessoais. Quanto a esses dados, há previsão de publicação da íntegra dos contratos referentes a serviços terceirizados relacionados à execução e manutenção das atividades relacionadas ao objeto da parceria; e da relação de contratos de serviços terceirizados, com especificação mínima de: a) valor; b) objeto; c) dados do contratado; d) prazo de duração. Tendo em vista que o cumprimento de ambas as obrigações implicaria em duplicidade de publicação, penso que a integralidade dos contratos se aplica somente àqueles que tenham como objeto as atividades-fim do contrato de gestão. Para minimizar a exposição de informações pessoais, o caminho mais seguro seria a divulgação, pelas organizações sociais, dos documentos mediante a rasura dos dados pessoais, mantendo-se somente o nome do contratado.

¹⁹³ “O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, considerando as diretrizes das Leis reguladoras da Transparência e do Acesso à Informação e as disposições das Instruções Consolidadas do Tribunal, COMUNICA aos órgãos públicos estaduais e municipais que adotem providências no sentido de que as entidades do terceiro setor (OS, OSCIPS, OSCS) destinatárias de recursos públicos cumpram os dispositivos legais relativos à transparência de seus atos consistentes na divulgação pela via eletrônica de todas as informações sobre suas atividades e resultados, dentre outros o estatuto social atualizado; termos de ajustes; planos de trabalho; relação nominal dos dirigentes, valores repassados; lista de prestadores de serviços (pessoas físicas e jurídicas) e os respectivos valores pagos; remuneração individualizada dos dirigentes e empregados com os respectivos nomes, cargos ou funções; balanços e demonstrações contábeis e os relatórios físico-financeiros de acompanhamentos, regulamento de compras e de contratação de pessoal. A verificação da implementação de tais medidas será incluída nas ações da fiscalização, cujo descumprimento poderá ensejar a adoção de medidas previstas em Lei”.

pessoa a que elas se referirem; e somente poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

A conjugação da LAI com a LGPD aponta para uma única solução: a impossibilidade da divulgação de dados pessoais, exceto se houver o consentimento do titular. A autorização do tratamento de dados pessoais prevista no Capítulo IV da LGPD ao poder público não implica na divulgação dessas informações, o que é confirmado pela própria LAI, diploma que dispõe sobre a transparência e disciplina o acesso a informações pessoais.

4.7.2 A tecnologia a serviço da saúde

Malgrado as questões atinentes à proteção de dados pessoais, a tecnologia, caso bem empregada, pode alavancar a experiência dos contratos de gestão, sobretudo na área da saúde, que não pode esperar pela burocracia. Além da automação do controle, já abordada no tópico 4.2.3, pelo menos duas ferramentas podem revolucionar o serviço: a telemedicina e o prontuário e documentos médicos eletrônicos.

A pandemia acelerou o processo de incorporação da telemedicina na rotina dos cuidados de saúde. O Município de São Paulo se qualifica como a primeira cidade a regulamentar e implantar permanentemente o atendimento virtual na saúde pública, o que fez pela Lei nº. 17.718/2021. No âmbito nacional ainda somente é permitido o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (Lei nº. 13.989/2020).

A lei municipal prevê que poderão ser executados por meio da telemedicina, entre outros: a prestação de serviços médicos utilizando tecnologias digitais, de informação e comunicação (TDICs), nas situações em que os médicos ou pacientes não estão no mesmo local físico; a troca de informações e opiniões entre médicos (interconsulta), com ou sem a presença do paciente, para auxílio diagnóstico ou terapêutico, clínico ou cirúrgico; o ato médico à distância, com a transmissão, imagens e dados para emissão de laudo ou parecer; a triagem com avaliação dos sintomas, à distância, para definição e encaminhamento do paciente ao tipo adequado de assistência necessária ou à especialização aplicada; o monitoramento para vigilância à distância de parâmetros de saúde e doença, por meio de disponibilização de imagens, sinais e dados de equipamentos ou dispositivos pareados ou conectáveis nos pacientes em regime de internação clínica ou domiciliar, em comunidade terapêutica, em instituição de longa permanência de idosos, no traslado de paciente até sua chegada ao estabelecimento de

saúde ou em acompanhamento domiciliar em saúde; a orientação realizada por um profissional médico para preenchimento à distância de declaração de saúde.

O Estado de São Paulo anunciou o uso da telemedicina (teleconsultas especializadas) para urgências, emergências e suporte clínico por meio do programa Multissaúde inicialmente para 14 hospitais¹⁹⁴.

No tocante aos documentos eletrônicos, a Resolução CFM nº 2.299/2021 autoriza a utilização de Tecnologias Digitais da Informação e Comunicação (TDICs) para a emissão dos seguintes documentos médicos: a) prescrição; b) atestado; c) relatório; d) solicitação de exames; e) laudo; f) parecer técnico.

Quanto ao prontuário eletrônico, os poderes públicos precisam se organizar para a universalização deste documento, de forma que o histórico do usuário seja acessado pelas pessoas autorizadas, tanto do sistema público como do privado. No Município de São Paulo já se iniciou a informatização dos processos de trabalho assistencial em cada unidade de saúde, para armazenamento e portabilidade das informações aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), pela Plataforma de Saúde Paulistana, o e-saudeSP. O novo serviço disponibiliza pelo prontuário eletrônico o acesso dos munícipes aos resultados de exames laboratoriais e de imagem.

Esses novos serviços têm o potencial de revolucionar a saúde pública, sobretudo para proporcionar maior eficiência ao serviço público, bem como para otimizar os custos, uma vez que algumas unidades de saúde poderão ser desativadas e/ou substituídas por centrais de acompanhamento e monitoramento de pacientes, em um sistema integrado não somente no âmbito do ente prestador. A diminuição da necessidade de deslocamento dos usuários também reduz os custos da saúde e os níveis de absenteísmo.

A proteção de dados pessoais, inserida como novo direito da personalidade ou componente do direito à privacidade e à intimidade, dentro das camadas de ambos, é uma liberdade positiva, que se irradia para além do ambiente privado e diz respeito à circulação e controle sobre informações pessoais que impõe responsabilidades ao poder público, aos terceiros que com ele se relacionam e a qualquer pessoa que realize a atividade de tratamento definida pela lei. Embora exponha maior preocupação com esse direito, a sua constitucionalização e regulamentação não limitam o uso da tecnologia e das técnicas de modernização do serviço público (assim como o advento do Código de Defesa do Consumidor

¹⁹⁴

<https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/sp-vai-realizar-teleconsultas-em-urgencias-e-emergencias-com-programa-multissaude/>

não reduziu o consumo), apenas joga luzes para as fragilidades e impulsiona para os cuidados e maior sofisticação do tratamento das informações.

4.8 Conclusão do capítulo

Nesta parte da tese a pesquisa empírica ganhou corpo e propiciou amplo mapeamento dos temas para reflexão a respeito dos contratos de gestão de saúde do Estado e do Município de São Paulo, dentre os quais foram selecionados os seguintes tópicos para aprofundamento e desenvolvimento: controle e fiscalização; matriz de riscos e responsabilidade contratual; sanções; regras gerais de contratações; contratos em rede e rateio de despesas; e proteção de dados pessoais.

A análise dos contratos de gestão, da legislação e dos julgados dos Tribunais de Contas indicou que o módulo ainda está distante do modelo concebido pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE em 1995. Embora tenham sido inseridos indicadores nas diversas versões padronizadas desses módulos pelo Estado e Município de São Paulo, paulatinamente, o controle que se sobressai é o de legalidade, essencialmente voltado à formalidade, o que cria espaço para o abuso do poder de fiscalização e extrapolação dos limites da interferência na esfera privada.

Foi possível verificar que há baixa racionalização e reduzida eficiência do controle. Alguns atores que poderiam compartilhar com os demais material e ferramentas para o exercício do controle, como por exemplo os conselhos profissionais por meio dos relatórios de visitas, ainda não o fazem de maneira sistemática. Outros atores que deveriam conciliar suas atividades, de modo a facilitar a identificação das fragilidades e o aprimoramento dos mecanismos de avaliação da execução desses contratos tampouco o realizam. É o caso, por exemplo, dos órgãos inteiros da organização social e do controle interno do poder público, bem como do controle externo, sobretudo do Tribunal de Contas, e do controle interno da administração pública.

O sistema de controle, interno ou externo, ainda não incorporou a análise preditiva de irregularidades, ferramenta com potencial para facilitar a avaliação do imenso volume de informações produzido no âmbito dos contratos de gestão. Malgrado a evolução dos instrumentos tecnológicos, há pouca ou inexistente automação do controle.

Embora seja notável a evolução quanto aos critérios de avaliação dos resultados, sobretudo nos contratos do Município de São Paulo, os contratos de gestão ainda são modelados

com orientações genéricas e indicativos tímidos e superficiais, que não permitem o efetivo controle de resultado.

Não basta, no entanto, a previsão de metas e indicadores sem o devido monitoramento, que deveria estar a cargo de um “verificador independente”, responsável pela aferição dos índices de desempenho que impactam positiva ou negativamente no financiamento do contrato de gestão. Em razão da necessidade de acompanhamento mensal do atendimento dos requisitos de qualidade dos serviços prestados pela organização social, a função de fiscalização e apuração do desempenho deveria ser assumida por um agente independente especializado, contratado pelo poder público, mas que não mantenha relação de subordinação com nenhuma das partes.

O controle também pode ocorrer na modalidade de incentivo à autorregulação pelo poder público, por meio do deslocamento de tarefas públicas e a ativação e reforço da responsabilidade própria dos privados. Seria um modelo misto entre a regulação estatal e a autorregulação privada, por meio do qual o Estado supervisiona o procedimento de aprovação e aplicação de normas editadas por entidades privadas, para assegurar que os destinatários de tais normas efetivamente se submetam a elas e para garantir a capacidade técnica e o atingimento dos fins públicos por parte dos sujeitos privados que aprovam e executam tais normas (já há uma associação nacional que tem realizado essa função, o IBROSS, que certifica as organizações sociais com boas práticas de governança).

A pesquisa demonstrou que os contratos de gestão de saúde ainda não aderiram à necessária alocação de riscos. Não existe matriz de riscos nesses módulos, de modo que não há tratamento adequado para fatos importantes no ciclo de vida do contrato de gestão, como a responsabilidade civil e trabalhista e os efeitos futuros; e o cumprimento dos requisitos exigidos para adequações sanitárias e eventualmente para acreditação hospitalar.

As sanções tradicionalmente aplicadas aos contratos administrativos (disciplinadas pela Lei nº. 8.666/1993) não são compatíveis com a relação estabelecida pelos contratos de gestão, na medida em que a administração pública participa ativamente da governança. Os contratos de gestão celebrados pelo Estado e pelo Município de São Paulo confundem sanção com responsabilidade civil, bem como com os custos inerentes à execução das atividades objeto do contrato.

No tocante às normas gerais da contratação, há lacunas quanto à qualificação e ao processo de chamamento, como por exemplo no tocante à avaliação econômico-financeira da organização social; ao estudo de economicidade e à estimativa de custos do contrato de gestão

de saúde; ao critério de seleção pela melhor técnica; à construção e planejamento do objeto do contrato mediante o mapeamento das metas e indicadores de desempenho; e à elaboração do termo de referência ou projeto que comporá o chamamento público; ao inventário dos bens cedidos, das suas condições, especificações (inclusive licenças, alvarás e autorizações) e tempo de uso; à relação de servidores públicos; e à exigência das organizações sociais da obrigação de instituírem estruturas de integridade corporativa (*compliance*), com sistema de controle interno, ouvidoria e setor responsável pela identificação e prevenção de riscos organizacionais.

A qualificação como organização social poderia ser conduzida a partir de critérios técnicos e distribuída por diversos níveis, em conformidade com o porte e escopo dos serviços que poderão ser contratados pela organização social qualificada.

A prática de concentração e compartilhamento de serviços que inspirou o rateio de despesas pode ser potencializada por meio dos contratos em rede, ou seja, da organização de contratos que abrangem mais serviços, ainda que celebrados individualmente, de modo que todos se beneficiem do mesmo sistema corporativo.

Por fim, relativamente à proteção de dados, para além de disciplinar contratualmente sobre as adequações necessárias para o tratamento de dados pessoais no relacionamento com os particulares, sobretudo com as organizações sociais, além de fazê-lo lateralmente nos atos normativos, o poder público precisa se preocupar com a integração com essas entidades, principalmente aquelas responsáveis pela execução de serviços públicos de saúde, haja vista a necessidade de transitar dados pessoais e de compatibilidade e adequação dos sistemas informativos, que devem estar preparados, inclusive, para a portabilidade.

Além dos dados pessoais dos usuários do serviço público, dentre os quais podem estar incluídos dados sensíveis, como é o caso do contrato de gestão de saúde, cuja responsabilidade pela guarda é da organização social e também do poder público com quem eles são compartilhados e cuja divulgação não poderá ocorrer, haja vista o dever de zelo pela intimidade e privacidade determinado pela própria LAI, há ainda questões importantes não resolvidas a respeito dos dados pessoais dos empregados ou terceiros que prestam serviços no âmbito do respectivo módulo convencional.

Não obstante as preocupações atinentes à proteção de dados pessoais, a tecnologia, caso bem empregada, pode transformar o serviço público de saúde e conseqüentemente os contratos de gestão. Além da automação do controle, pelo menos duas ferramentas podem revolucionar o serviço: a telemedicina e o prontuário e documentos médicos eletrônicos. Essa modernização é perfeitamente conciliável com a proteção de dados pessoais, mas é

incompatível com a burocracia, uma vez que a saúde não pode esperar e a tecnologia acelera o atendimento.

O contrato de gestão foi incumbido da concretização de projetos com ênfase em resultado, apto a desonerar parcialmente o Estado da obrigação de suportar os serviços sociais. Não obstante, tem sido executado com a lente do direito administrativo voltado a módulos simplórios, preso aos modelos tradicionais e a um regime jurídico único.

5 ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE NA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO

Estão tramitando na Assembleia Legislativa de São Paulo – ALESP cinco Projetos de Lei Complementar (PLC) que têm a finalidade de alterar a Lei Complementar nº. 846/98¹⁹⁵; dois deles¹⁹⁶ provenientes das duas Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI's que tramitaram nos anos de 2018 (Ato 02/2018)¹⁹⁷ e 2020 (Ato 05/2020)¹⁹⁸, com o objetivo, respectivamente, de apurar irregularidades nos contratos de quarteirização praticados nos convênios, parcerias, contratos de gestão e outros ajustes firmados pelo Governo do Estado de São Paulo com o terceiro setor.

Os projetos são: PLC nº. 3, de 2005; PLC nº. 36, de 2011; PLC nº. 50, de 2018; PLC nº 45, de 2019; e PLC nº. 35, de 2020.

A seguir abordarei criticamente as alterações propostas pelos mencionados projetos que dialogam diretamente com este trabalho, de sorte que não tratarei de todas as pretendidas modificações, posto que o objetivo não é relatar detalhadamente a atividade legislativa voltada à Lei Complementar nº. 846/1998.

5.1 Análise crítica das proposituras legislativas

O PLC nº. 3, de 2005 acresce o art. 6-A à Lei Complementar nº. 846/98 para prever critérios de preferência caso mais de uma organização social apresente interesse na celebração do contrato de gestão; altera o §3º do art. 9º para modificar a composição da comissão de avaliação da execução do contrato de gestão e ampliá-la para 10 membros, dentre integrantes da Secretaria de Saúde, do Conselho Estadual de Saúde e da Comissão de Saúde e Higiene da ALESP; e inclui o art. 9º-A para criar comissão de avaliação de execução do contrato para cada unidade gerenciada, constituída por usuários do Município onde localizada, representantes da organização social, da Secretaria Estadual de Saúde e da Secretaria Municipal de Saúde.

Em que pesem os pareceres favoráveis da Comissão de Constituição e Justiça e da Comissão de Saúde e Higiene, as modificações propostas não têm grande potencial de

¹⁹⁵ Projeto de Lei Complementar nº. 3/2005; Projeto de Lei Complementar nº. 36/2011; Projeto de Lei Complementar nº. 50/2018; Projeto de Lei Complementar nº. 45/2019; Projeto de Lei Complementar nº. 35/2020.

¹⁹⁶ Projeto de Lei Complementar nº. 50/2018 (CPI 02/2018) e Projeto de Lei Complementar nº. 35/2020 (CPI 05/2020).

¹⁹⁷ <https://www.al.sp.gov.br/alesp/cpi/?idComissao=1000000225>

¹⁹⁸ <https://www.al.sp.gov.br/comissao/cpi/?idComissao=1000000601>

aprimoramento do controle dos contratos de gestão. Primeiro porque a longevidade do projeto (quase vinte anos) torna obsoleta a proposição, uma vez que hoje está consolidado e regulamentado, ainda que de forma insuficiente, o chamamento público. Nos idos de 2005, data da propositura, a realidade era de celebração do contrato de gestão por dispensa, o que se alterou durante a mais de uma década que o projeto tramita. Os critérios propostos podem ser aproveitados como condição de desempate, em eventual regulamentação mais detalhada do chamamento público.

No que tange ao controle, o projeto se preocupa apenas com a envergadura quantitativa e não com a qualidade da fiscalização.

O PLC nº. 36, de 2011, dentre as diversas alterações, algumas delas já incorporadas à regulamentação pelos decretos, as quais, portanto, deixarei de comentar, altera o art. 6º, §3º para incluir três exigências na convocação pública para celebração do contrato de gestão, dentre elas a programação anual de trabalho a ser apresentada pela organização social, com a relação de recursos humanos, físicos e tecnológicos, estimativa de custos e forma de avaliação de desempenho. Essa previsão é bem sintomática do que foi dito ao longo desse trabalho: a deficiência do poder público em se organizar e estruturar os contratos de gestão. A proposta legislativa transfere às organizações sociais o ônus de definir até os indicadores de desempenho. A participação da sociedade civil na construção do módulo deve ser sempre desejada, todavia, o poder público deve ter total domínio do serviço para que cumpra com eficiência seu dever de controle.

Acrescenta o art. 9º-A para detalhar informações obrigatórias na prestação de contas. Dentre esses dados o parágrafo único do dispositivo proposto prevê a existência de provisões contábeis, nos balanços da organização social, das reclamações trabalhistas contra ela propostas, a indicar que o passivo deve ser quitado pelo poder público, tendo em vista que não existe remuneração (taxa de administração) nesse módulo. Porém, a proposta deixou de prever outros passivos, como o cível. Além disso, o caput do art. 9º-A cita contrapartidas, embora a lei complementar vigente não trate dessa obrigação à organização social, resquício dos convênios, que a princípio exigiam contrapartida.

O PLC nº. 50, de 2018, fruto da CPI 02/2018, contém diversas alterações. Aqui me limitarei àquelas atinentes ao objeto deste trabalho, bem como àquelas que não coincidam com as previsões contidas em outros projetos.

Já no início o PLC nº. 50 insere mais um controle sobre as organizações sociais. De acordo com a redação da proposta o controle é sobre a entidade e não sobre o contrato de gestão.

As secretarias e demais órgãos ficarão obrigados a encaminhar ao Poder Legislativo todas as rubricas orçamentárias destinadas às organizações sociais e relatório contendo diversas informações a respeito delas. Dentre essas informações apenas duas se referem ao contrato de gestão: valores pagos a título de reequilíbrio econômico-financeiro e cumprimento das metas de atendimento, o que demonstra a baixa preocupação com a execução do módulo e seu objeto. Prevê, ainda, que a prestação de contas ocorrerá por meio de audiências públicas a serem realizadas na Assembleia Legislativa. Caso o foco da prestação de contas fosse a execução do contrato de gestão, embora mais uma etapa de controle tenha forte potencial de tumulto e exagero na fiscalização, a propositura poderia proporcionar algum benefício sob a perspectiva da participação democrática no debate sobre o serviço público.

Ainda no campo do controle, o projeto contém disposições salutares a respeito da integridade no âmbito das organizações sociais. Impõe a elas a obrigação de instituir estruturas de integridade corporativa (*compliance*), com sistema de controle interno, ouvidoria e setor responsável pela identificação e prevenção de riscos organizacionais, algo na mesma linha do que faz a Lei nº. 14.133/2021.

Também podem ser inseridas no raio do controle as previsões que impõem quarentena de um ano aos conselheiros, administradores e dirigentes das organizações sociais para ocuparem essas funções se provenientes do serviço público (no cargo de secretário, direção, chefia, assessoramento ou função de confiança) e vice-versa.

O PLC nº. 50 insere como requisito para obtenção da qualificação como organização social da certificação de entidade beneficente de assistência social (CEBAS) prevista na Lei nº. 12.101/2009 (revogada pela Lei Complementar nº. 187/2021), que possibilita à entidade imunidades tributárias. Todavia, referida certificação é concedida somente às entidades com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde e educação, o que não abrange todas as atividades hoje contempladas na Lei Complementar nº. 846/98 (outro lapso do projeto, que mantém dentre as atividades das entidades que podem ser qualificadas como organizações sociais somente a saúde e a cultura, enquanto a Lei Complementar nº. 846/98, alterada em 2014, inclui a cultura, o esporte, o atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, o atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes, a proteção e conservação do meio ambiente e a promoção de investimentos, de competitividade e de desenvolvimento).

Outro descompasso entre o projeto e a Complementar nº. 846/98 diz respeito ao tempo de existência de serviço próprio na assistência à saúde como requisito para a

qualificação, previsto em 2 anos, enquanto a redação vigente determina 5 anos. No mesmo sentido da proposta sobre a classificação da qualificação de acordo com o porte da organização social, o período de existência de serviço próprio poderia ser acrescido como um dos critérios para posicionar a entidade nessa classificação, cuja escala seria considerada para avaliação da dimensão do objeto que a organização pode contratar.

A proposta em tramitação incorpora a previsão já contida no Decreto nº. 64.056/2018 sobre o teto de remuneração para os membros da diretoria da organização social, fixado até o limite dos vencimentos do Governador. Nesse ponto o projeto insiste na mimetização da organização social e na interferência indevida na gerência de entidade privada. Se a preocupação é com o limite de gastos, desde que diretamente suportados pelo contrato de gestão, ou seja, das pessoas contratadas pela organização social com recursos do contrato para atuação direta na sua execução, e não seus dirigentes e demais empregados não vinculados ao contrato de gestão, caminharia melhor o projeto se considerasse como parâmetro a prática de mercado, o que só ocorrer nas contratações das empresas privadas.

Essa previsão é mais um erro de aproximação da organização social dos entes da administração pública descentralizada, em que pese os empregados da primeira não sejam servidores públicos. Mesmo que sujeita a procedimento pessoal na seleção de empregados, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 1923, não há que se falar em concurso público ou remuneração fixada por lei. Portanto, ainda que de forma indireta, a imposição de teto corresponde à fixação da remuneração dos empregados da organização social, o que padece de inconstitucionalidade.

Absorve igualmente a previsão do Decreto nº. 64.056/2018 quanto à reserva técnica, no importe de 10 a 15% da parcela mensal do custeio, para fundo destinado ao provisionamento para o pagamento de verbas rescisórias trabalhistas e demais valores devidos em virtude de processos administrativos ou judiciais. Essa previsão é de grande importância para a segurança do contrato de gestão, haja vista que o financiamento das atividades nesse tipo de módulo recai exclusivamente sobre o poder público, que não remunera a organização social, de modo que ela não tem lastro para responder pelos riscos do serviço. O projeto teria mais a contribuir, porém, se considerasse algum mecanismo mais sofisticado, como o fundo garantidor praticado nas parcerias público-privadas, uma vez que a reserva técnica, embora prevista hoje em decreto, não tem efetividade, visto que na prática ela é diluída para fazer frente ao desequilíbrio do contrato causado principalmente pelos efeitos inflacionários.

Trata da economicidade, fruto de apontamentos dos Tribunais de Contas que passariam a compor o texto legal, como elemento integrativo de parecer técnico obrigatório, antecedente à celebração do contrato de gestão. Todavia, nem sempre a proposta menor financeiramente é a mais econômica e a mais vantajosa para o serviço público e para os usuários dele. Nesse ponto o projeto poderia traçar os limites do que pode ser entendido por economicidade, de modo que a ilusão do menor preço não seduza o incauto e conduza o contrato de gestão ao fracasso. Exemplos temos aos montes país afora, onde organizações sociais reconhecidas foram preteridas pela promessa de diminuição de custo, às custas da qualidade e muitas vezes da própria execução do serviço.

A propositura acolhe a prática aqui já comentada, sem regulamentação normativa, da sub-rogação ou sucessão das obrigações da organização social para a sucessora do contrato de gestão, o que resolve o problema do passivo do contrato, especialmente eventual configuração de fraude trabalhista¹⁹⁹.

Inovação importante do projeto diz respeito ao distanciamento entre o contrato de gestão e o contrato administrativo previsto na Lei nº. 8.666/93 e na Lei Estadual nº. 6.544/1989, com a consequente inaplicabilidade dessas legislações, supletiva ou subsidiária. Ao mesmo tempo que o projeto afasta a aplicação das mencionadas leis, incorpora as previsões delas em alguns dispositivos, como naqueles que disciplinam as sanções administrativas, sem qualquer evolução quanto a esta matéria, cujo tratamento simplesmente reproduz a disciplina praticada nos contratos administrativos tradicionais.

Aspecto já apontado neste trabalho no item 4.7.1.1 deste trabalho é tratado no PLC nº. 50, que inclui previsão expressa sobre o dever de a organização social publicar dados pessoais no seu sítio eletrônico, mediante a aplicação integral da lei de acesso à informação.

Também insiro na intervenção destinada à promoção do controle os dispositivos propostos pelo PLC nº. 50 que reproduzem as previsões da Lei nº. 13.019/2014 (em que pese a previsão expressa desta quanto à sua inaplicabilidade aos contratos de gestão) a respeito dos impedimentos para celebração de contrato de gestão e recebimento de novos recursos. A repetição da mesma redação do outro diploma legislativo poderia ser qualificada pelo

¹⁹⁹ A rescisão do contrato de trabalho e recontração do mesmo empregado para as mesmas funções no mesmo local de trabalho pode ser considerada violação à Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor. Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.”.

aprimoramento das disposições, como o melhor tratamento a respeito do recebimento de novos recursos, se aplicável, por exemplo, aos contratos em execução ou somente para novos contratos. Além disso, há exagero em algumas hipóteses, como naquela que diz respeito às contas julgadas irregulares ou rejeitadas pelo Tribunal de Contas. A irregularidade pode ser apenas formal ou de baixa materialidade, de modo que seria mais adequado que o impedimento se aplicasse somente aos casos no quais detectados desvio ou malversação de recursos, com ordem de devolução.

Tratei no item 4.2.3 deste trabalho sobre a necessidade de automação do controle. Nesse sentido há importante previsão no PLC nº. 50 que determina às organizações sociais (embora a obrigação devesse se aplicar ao poder público) de utilizar sistemas eletrônicos para o registro, coleta e transmissão de dados que permitam apurar os indicadores de desempenho, comparar a meta prevista com a realizada e a produção de outros ajustes com condições similares. Esse é o principal método de avaliação do contrato de gestão, voltado à análise de resultados, e deveria imperar sobre o controle simplesmente formal e burocrático. A concentração nesse tipo de controle e a expansão do método de automação pode facilitar a análise das prestações de contas e liberar os servidores públicos atolados de processos e documentos para atividades voltadas à atualização do módulo e do serviço público objeto dele.

O PLC nº. 50 replica a lógica da Lei nº. 8.666/93 atinente ao calote institucionalizado, uma vez que autoriza a inadimplência do poder público pelo prazo de 90 dias e, pior que isso, somente considera justificado eventual descumprimento do contrato de gestão pela organização social caso ultrapassado o referido termo, ou seja, em se tratando de contrato cujo objeto é a saúde pública, a entidade, mesmo com atraso superior a 60 dias do recebimento de recursos financeiros, deverá se responsabilizar pela execução do serviço, ela que é uma instituição sem finalidade lucrativa que não recebe remuneração.

Segue essa mesma lógica, do contrato administrativo da lei de licitações, malgrado o PLC nº. 50 contenha disposição expressa sobre sua incompatibilidade com o contrato de gestão, no que tange à rescisão e ao pagamento do passivo trabalhista. O projeto prevê que eventuais verbas que superem a previsão de repasses deverão ser pagas pela organização social. Uma série de fatores podem influenciar no descompasso entre o cronograma de repasses e a realidade de custos. Por outro lado, eventuais pendências de verbas rescisórias ou condenações trabalhistas não significa necessariamente má-gestão ou responsabilidade da organização social, de modo que a ela não pode ser imputado o ônus pelos riscos inerentes à atividade objeto do contrato sem receber remuneração.

Ainda em igual lógica são as previsões a respeito das sanções, já tratadas no item 4.4, cujas considerações se aplicam aqui e não serão repetidas. A propositura acrescenta o agravante de previsão de inidoneidade pelo prazo longo de 10 anos, com extensão dos efeitos aos dirigentes da organização social, o que somente será possível se forem garantidos às pessoas físicas o contraditório e a ampla de defesa, uma vez que não pode ser presumida a participação de todos os dirigentes no ato que implique na inidoneidade.

O PLC nº. 50 trata ainda de tema já abordado neste trabalho, qual seja: a limitação da participação das organizações sociais, somente na área da saúde, a 20% do total de contratos celebrados pelo Estado.

E, finalmente, o PLC nº. 50 amplia sua aplicação a todos os municípios que não tenham legislação própria no que tange às normas gerais, o que também já foi tratado no item 4.5.5.

O PLC nº 45, de 2019 acrescenta o ensino como atividade desenvolvida pela organização social que poderá ser qualificada pelo Estado (as demais atividades previstas no projeto já foram incorporadas ao art. 1º da Lei Complementar nº. 846/98) e inclui o art. 23-B para determinar que os requisitos para qualificação das organizações sociais da área de ensino serão estabelecidos em decreto.

Por derradeiro, o PLC nº. 35/2020, fruto da CPI 05/2020, em grande medida contém disposições muito próximas àquelas inseridas no PLC nº. 50/2018, de modo que não repetirei as mesmas considerações. Me concentrarei apenas nos dispositivos não contemplados nos projetos acima comentados.

A previsão sobre o teto de remuneração para os membros da diretoria da organização social, fixado até o limite dos vencimentos do Governador, é estendida a todos os empregados da entidade.

Dentre os preceitos para elaboração do contrato de gestão, o PLC nº. 35 insere a estipulação de política de custos a ser praticada para a execução das atividades objeto do contrato, em consonância com o princípio da eficiência. Me parece que, diversamente do anunciado na proposta, essa disposição mandatória contraria o princípio da eficiência, uma vez que limita a gerência da organização social, entidade privada, ao adicionar mais um elemento de interferência do poder público na gestão. É preciso lembrar que as organizações sociais, enquanto tomadoras de serviços e compradoras de bens, embora componentes do terceiro setor, se inserem no mercado e dispõem das condições comerciais próprias do setor privado, diferente do poder público.

O motivo que deu origem à CPI da qual o PLC nº. 35 é produto, a quarteirização, foi contemplado em dispositivo que veda a subcontratação das atividades de gerenciamento das unidades, bem como aquelas de natureza administrativa que se confundam com o escopo principal do contrato, tais como consultoria jurídica, gestão de recursos humanos e departamento de compras. Essa previsão ignora a realidade imposta pelos profissionais médicos, que na maioria das especialidades somente aceita contratação por intermédio de pessoa jurídica. Por outro lado, impõe tratamento às atividades-meio equiparado à atividade-fim, o que poderá atribuir ônus excessivo à organização social e custo maior ao contrato, como a obrigação de manter corpo jurídico próprio ao contrário de manter esse serviço terceirizado. Se a preocupação é evitar a captura das contratações por servidores públicos e pessoas vinculadas às organizações sociais, o PLC já contém diversas disposições que resolvem essa problemática, de sorte que a vedação integral da subcontratação, não prevista em qualquer outro módulo celebrado pela administração pública, é rigor excessivo que implicará em dificuldades para a sobrevivência do modelo²⁰⁰.

5.2 Conclusão do capítulo

Este último item do trabalho foi dedicado à análise crítica das proposições legislativas que pretendem aprimorar o contrato de gestão no Estado de São Paulo. Referida reflexão sobre as proposituras apontou que as modificações objeto dos cinco projetos de lei complementar que tramitam na Assembleia Legislativa de São Paulo contêm pontos positivos e pontos negativos, até mesmo porque a longevidade de alguns projetos (quase vinte anos) torna obsoletas algumas proposições, como aquelas atinentes ao chamamento público (PLC nº 3).

Dentre os pontos negativos estão:

- A obrigação à organização social de apresentar a programação anual de trabalho, com a relação de recursos humanos, físicos e tecnológicos, estimativa de custos e forma de avaliação de desempenho – a proposta legislativa transfere às organizações sociais o ônus de definir até os

²⁰⁰ A respeito da contratação de servidores públicos, inclusive por intermédio de pessoa jurídica, há recente parecer produzido pela Procuradoria Geral do Estado, CJ/SS nº. 585/2021, que consigna: “a princípio, não é possível proibir simplesmente as OSS de contratar servidores públicos, devendo-se considerar que tal posição pode implicar em restrições de direitos de servidores públicos estaduais, em especial, de profissionais de saúde, sem o devido embasamento legal” [...] “recomenda-se que a Administração dimensione o problema e crie mecanismos de controle interno, de forma preventiva, com o fim de analisar se cada contratação, incluindo os casos de servidores públicos como pessoa jurídica, se adequa ou não “a atividade-fim do órgão ou entidade integrada pelo servidor”.

indicadores de desempenho (PLC nº 36). A participação da sociedade organizada não é um retrocesso, pelo contrário, mas ela deve ocorrer no momento e na forma apropriada, em diálogo com o poder público, e não na condição de avaliação de proposta;

- O acréscimo de previsão expressa sobre o dever de a organização social publicar dados pessoais no seu sítio eletrônico, mediante a aplicação integral da lei de acesso à informação (PLC nº 50);
- A reprodução da lógica da Lei nº. 8.666/93 atinente ao calote institucionalizado, uma vez que autoriza a inadimplência do poder público pelo prazo de 90 dias (PLC nº 50);
- A aplicação da lógica da Lei nº. 8.666/93 no que tange às previsões a respeito das sanções, com o agravante de que há previsão de inidoneidade pelo prazo longo de 10 anos (PLC nº 50);
- A previsão sobre o teto de remuneração para os membros da diretoria da organização social, fixado até o limite dos vencimentos do Governador (PLC nº 50), estendida a todos os empregados da entidade (PLC nº 35);
- A vedação da subcontratação das atividades de gerenciamento das unidades, bem como aquelas de natureza administrativa que se confundam com o escopo principal do contrato, tais como consultoria jurídica, gestão de recursos humanos e departamento de compras (PLC nº 35);

Os pontos positivos das proposições estão concentrados nos seguintes temas:

- Previsão de existência de provisões contábeis, nos balanços da organização social, das reclamações trabalhistas contra ela propostas, a indicar que o passivo deve ser quitado pelo poder público, tendo em vista que não existe remuneração (taxa de administração) nesse módulo (PLC nº 36);
- Incorporação da previsão do Decreto nº. 64.056/2018 quanto à reserva técnica, no importe de 10 a 15% da parcela mensal do custeio, para fundo destinado ao provisionamento para o pagamento de verbas rescisórias trabalhistas e demais valores devidos em virtude de processos administrativos ou judiciais (PLC nº 50);
- Obrigatoriedade da sub-rogação ou sucessão das obrigações da organização social para a sucessora do contrato de gestão, o que resolve o problema do

passivo do contrato, especialmente eventual configuração de fraude trabalhista (PLC nº 50);

- Distanciamento entre o contrato de gestão e o contrato administrativo previsto na Lei nº. 8.666/93 e na Lei Estadual nº. 6.544/1989, não obstante sejam replicadas disposições da lei referida nacional (PLC nº 50);
- Aceno à automação do controle, haja vista a determinação às organizações sociais (embora a obrigação devesse se aplicar ao poder público) de utilização de sistemas eletrônicos para o registro, coleta e transmissão de dados que permitam apurar os indicadores de desempenho, comparar a meta prevista com a realizada e comparar a produção de outros ajustes com condições similares (PLC nº 50);
- Imposição às organizações sociais da obrigação de instituírem estruturas de integridade corporativa (*compliance*), com sistema de controle interno, ouvidoria e setor responsável pela identificação e prevenção de riscos organizacionais, algo na mesma linha do que faz a Lei nº. 14.133/2021 (PLC nº 50).

Feito o balanço a partir do retro breve resumo é possível verificar que ainda é preciso avançar quanto ao amadurecimento do modelo, o que confirma a hipótese de que há deturpação dos objetivos do contrato de gestão e opressão das organizações sociais e do terceiro setor por meio da regulamentação excessiva, cujo resultado é o comprometimento da autonomia e da independência, duas das principais características da sociedade civil, bem como a ineficiência do módulo, na medida em que não se permite o otimismo gerencial proposto pelo contrato de gestão.

6 CONCLUSÃO

O Brasil vive uma ambivalência. Há um país arcaico e um país que revigora. O primeiro acredita na força exclusiva do Estado para resolver todas as necessidades de interesse geral e no papel quase messiânico dos servidores públicos. O outro abre espaço para a participação e o desenvolvimento além dos ombros do poder público.

O país precisará acreditar e executar a força que o revigora, pois o crescimento do Estado é uma constante global, pressionado por tendências inevitáveis como o envelhecimento populacional e a emergência climática. Estamos próximos de mais um período de transição, tal como aquele que ocorreu entre o Estado liberal do século XIX e o Estado social do século XX. As questões que se colocam são a qualidade e a sustentabilidade desse crescimento. O contrato de gestão, ao lado de outras figuras modernas, combate as burocracias obsoletas, desnecessárias e ineficazes, e pode fomentar a inovação, a produtividade e a racionalização dos gastos públicos, desde que escoredo em um sistema inteligente de monitoramento e avaliação, conforme essa pesquisa demonstra.

O contrato de gestão foi posicionado, ao menos quando da sua concepção, no escopo do país que revigora e reconhece que o Estado não consegue suprir todas as necessidades de sua incumbência por meio da atuação direta e concentrada e que é possível, portanto, inserir novos atores para colaborarem com as funções públicas.

Para investigar a participação desses novos atores, neste caso as organizações sociais, ao contrário de me dedicar exclusivamente ao aspecto teórico, me voltei ao histórico de execução dos contratos de gestão de saúde no âmbito do Estado e do Município de São Paulo, sob o viés pragmático. Portanto, o objeto da minha pesquisa e a pergunta principal ficaram assim definidos: há deficiências que impedem o contrato de gestão de saúde de cumprir suas finalidades legais e institucionais?

Trabalhei com a hipótese de que há lacunas não preenchidas ou mal resolvidas no que diz respeito à construção do modelo jurídico do contrato de gestão e dos seus mecanismos de execução e fiscalização, e um vasto campo de aprimoramento que pode alçar esse módulo convencional à ferramenta avançada para o serviço público de saúde. Aprimoramento esse que demanda alterações na modelagem do contrato de gestão e que não necessitam necessariamente de incursão legislativa, a não ser no que se refere às sanções administrativas, sobretudo a desqualificação, uma vez que vigora no direito administrativo sancionador as garantias da legalidade e da tipicidade. Outros aspectos que demandariam intervenção legislativa, que poderia ser infralegal, diz respeito ao procedimento de análise e julgamento das prestações de

contas, hoje sem tratamento a respeito dos ritos desse processo, não obstante a possibilidade de aplicação da lei de processo administrativo respectiva, bem como sobre a qualificação, se adotadas as medidas aqui sugeridas, e sobre o chamamento ou seleção públicos.

Submetida à verificação pela análise dos contratos de gestão de saúde celebrados, da legislação que os disciplina, dos julgados dos Tribunais de Contas responsáveis pelo controle externo e pelas entrevistas com os envolvidos, a hipótese se confirmou e apontou para a conclusão de que há gargalos de enfrentamento necessário e que os avanços ainda não foram capazes de corrigir as falhas que a prática iluminou.

A primeira parte deste trabalho foi dedicada precipuamente à localização do tema e ao contexto histórico e legal do objeto da pesquisa, com o intuito de introduzir a matéria e preparar o percurso pelos próximos capítulos.

Foi abordado o trajeto percorrido pelo terceiro setor, a sua contribuição para as funções públicas e a sua influência nas reformas que projetaram o novo modelo de Estado, voltado mais à criação de mecanismos de incentivo do que ao monopólio público das atividades e utilidades de interesse geral. Nesse ambiente é que está inserido o contrato de gestão, cuja posição como tipo de contrato administrativo foi devidamente exposta nesta parte prefacial, de modo que no desenvolvimento do trabalho e da análise debruçada sobre esse módulo não paira dúvida a respeito da minha compreensão a respeito do arcabouço que lhe é próprio.

A forma como o Estado contrata passou a sofrer paulatina e sutil ruptura, o que deu margem, inclusive, ao processo acentuado de consensualização o qual potencializou a participação social na atividade administrativa estatal, que tem no contrato de gestão um dos principais expoentes dessa inserção. A consensualização é fenômeno polivalente que viabiliza o consenso não somente na solução de conflitos, mas sobretudo na participação da atividade administrativa, o que ocorre também por meio das relações convencionais, dentre elas o contrato de gestão. Todavia, essa participação deve ser efetiva e ativa, e não somente teórica, conceitual ou protocolar

Com isso, nesse início me preocupei em posicionar o contrato de gestão com as organizações sociais de saúde no lugar reservado a ele pela legislação, embora na prática, conforme exposto no decorrer deste trabalho, o seu deslocamento ocorra de forma errática, o que fragiliza o módulo e coloca em risco a contribuição da sociedade para a persecução dos fins públicos objetos dele.

O capítulo seguinte foi dedicado ao panorama do contrato de gestão de saúde celebrado com organizações sociais, módulo que concretiza a participação complementar da

iniciativa privada no desenvolvimento do SUS, nos moldes do previsto no art. 199 da Constituição Federal, na modalidade contrato público. Foi exposto breve histórico sobre o SUS, implantado pela Constituição Federal de 1988, e analisada a posição constitucional da saúde no texto constitucional, que a posiciona como serviço público, atividade prestacional em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, e como serviço ou atividade pública relevante, assim considerado principalmente para submetê-lo à regulação mais intensa e garantias quando executado pelo particular.

Em seguida foi anunciada sucintamente a realidade dos contratos de gestão no âmbito do Estado e do Município de São Paulo, com demonstração de alguns números desse módulo na área da saúde e da legislação aplicada a eles no âmbito de cada uma das referidas unidades federativas. É possível perceber que o Estado de São Paulo usa de forma mais intensa a participação complementar da iniciativa privada, enquanto no Município essa participação é mais tímida, embora ocupe espaço relevante na estratégia de saúde municipal.

A partir dos dados e informações disponibilizados pelos mencionados entes, conclui-se que as duas administrações têm estrutura normativa e organizacional para a manipulação do contrato de gestão de saúde e o tratam como um módulo característico da participação do terceiro setor na gestão da saúde pública.

No quarto capítulo a pesquisa empírica ganhou corpo. Neste item foi desenvolvido amplo mapeamento dos temas para reflexão a respeito dos contratos de gestão de saúde do Estado e do Município de São Paulo, dentre os quais foram selecionados os seguintes tópicos para aprofundamento e desenvolvimento: controle e fiscalização; matriz de riscos e responsabilidade contratual; sanções; regras gerais de contratações; contratos em rede e rateio de despesas; e proteção de dados pessoais.

A análise dos contratos de gestão, da legislação e dos julgados dos Tribunais de Contas indicou que o módulo ainda está distante do modelo concebido pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE em 1995. Embora tenham sido inseridos indicadores nas diversas versões padronizadas desses módulos pelo Estado e Município de São Paulo, paulatinamente, o controle que se sobressai é o de legalidade, essencialmente voltado à formalidade, o que cria espaço para o abuso do poder de fiscalização e extrapolação dos limites da interferência na esfera privada.

O último item do trabalho foi dedicado à análise crítica das proposições legislativas que pretendem aprimorar o contrato de gestão no Estado de São Paulo. Referida reflexão sobre as proposituras apontou que as modificações objeto dos cinco projetos de lei complementar que

tramitam na Assembleia Legislativa de São Paulo contêm pontos positivos e pontos negativos, até mesmo porque a longevidade de alguns projetos (quase vinte anos) torna obsoletas algumas proposições, como aquelas atinentes ao chamamento público (PLC nº 3).

Feito o balanço das proposições legislativas foi possível verificar que ainda é preciso avançar quanto ao amadurecimento do modelo, o que confirma a hipótese de que há deturpação dos objetivos do contrato de gestão e opressão das organizações sociais e do terceiro setor por meio da regulamentação excessiva, cujo resultado é o comprometimento da autonomia e da independência, duas das principais características da sociedade civil, bem como a ineficiência do módulo, na medida em que não se permite o otimismo gerencial proposto pelo contrato de gestão.

Embora se afirme que a produção realizada por meio dos contratos de gestão de saúde seja superior àquela executada pela administração direta, o que é confirmado por pesquisas e estudos comparativos, não há análise estatística e histórica a respeito dos resultados de um contrato de gestão de saúde ao longo da sua execução, bem como de contratos executados em unidades e/ou por organizações sociais distintas. Isso porque uma das falhas desses módulos é a ausência de profundidade no tratamento das metas e indicadores de desempenho, o que prejudica e até impossibilita a efetividade e o desenvolvimento do controle de resultado.

Essa primeira conclusão foi obtida depois da reflexão aprofundada sobre algumas das problemáticas mapeadas e selecionadas para desenvolvimento neste trabalho.

O contrato de gestão, na forma como desenvolvido pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado em 1995, deveria ser o módulo por meio do qual são definidas medidas para o realinhamento estratégico estrutural mediante a delimitação de sua missão, a identificação precisa do conteúdo, do público alvo, de objetivos e metas claramente definidos, da definição da estrutura organizacional e da tecnologia a serem utilizadas, além do desenvolvimento de metodologias na área de planejamento, avaliação de desempenho, informatização, recursos humanos, custos e regulamentação específica para investimentos.

Embora tenham sido inseridos indicadores nas diversas versões padronizadas dos contratos de gestão de saúde do Estado e Município de São Paulo, o que se percebe é a ausência de racionalização e de eficiência do controle. Alguns atores desse módulo, por exemplo, deveriam conciliar suas atividades, de modo a facilitar a identificação das fragilidades e o aprimoramento dos mecanismos de avaliação da execução desses contratos. É o caso dos órgãos

intestinos da organização social e do controle interno do poder público, bem como do controle externo, sobretudo do Tribunal de Contas, com o controle interno da administração pública.

Não há efetiva comunicação e atuação conjunta entre os mencionados órgãos, ou seja, a cooperação entre o conselho de administração da organização social com as diversas comissões do poder público e vice-versa é deficiente. É possível e desejável o compartilhamento de informações e experiências entre esses sistemas internos, de maneira que um funcione de retaguarda para o outro, o que seria resultado da confiança recíproca entre esses atores. A falha detectada por um deve ser compartilhada com o outro parceiro para aperfeiçoamento do controle e principalmente para alimentação da matriz de riscos e respectivo tratamento.

Malgrado a evolução dos instrumentos tecnológicos, há pouca ou inexistente automação do controle. Ainda não foram incorporadas ferramentas que podem facilitar a avaliação do imenso volume de informações produzido no âmbito dos contratos de gestão, como a análise preditiva de irregularidades.

No tocante à tecnologia, é preciso enfrentar a revolução que pode mudar a forma de prestação do serviço público de saúde, como a telemedicina e os documentos médicos eletrônicos. As organizações sociais podem participar ativamente dessa mudança e contribuir para a modernização das unidades de saúde, que provavelmente serão reduzidas ou transformadas em centros de monitoramento e acompanhamento dos usuários. Além de diminuir a necessidade de deslocamentos e o absenteísmo, os novos formatos podem transformar o sistema de inteligência desse serviço público para que ele se torne efetivamente universal, inclusive com intercâmbio entre a esfera pública e a privada, além de mais ágil e eficiente. A saúde e a tecnologia empregada nela são incompatíveis com a burocracia e com a espera, mas absolutamente conciliáveis com a proteção dos direitos individuais dos usuários, como a proteção de dados pessoais.

Os critérios de avaliação dos resultados ainda são construídos por orientações genéricas e indicativos tímidos e superficiais, que não permitem o efetivo controle de resultado. Nem mesmo o planejamento exigido pela Lei nº. 8.080/90, que é comumente citada como fundamento para assinatura dos contratos de gestão, influencia a construção das metas e indicadores desse módulo convencional, ao menos não explicitamente. O regulamento da citada lei prevê, inclusive, o estabelecimento de metas de saúde. Assim como as diretrizes previstas nos estatutos de proteção e defesa dos usuários de serviços públicos.

Por outro lado, é preciso ressaltar que na saúde a grandiosidade dos indicadores quantitativos não resulta necessariamente em boas condições do serviço, já que quanto maiores são os números mais adoecida está a população. Isso deve ser levado em conta para a construção dos indicadores qualitativos, os quais devem visar a diminuição das metas quantitativas. Além disso, episódios que afetam a saúde da população precisam ser criteriosamente analisados quanto aos efeitos futuros. Bom exemplo disso é a covid19, que provoca sequelas nos pacientes que dela se recuperaram, assim como outras moléstias que se espalham epidemicamente, bem assim novos formatos de trabalho que repercutem na saúde de grandes massas ou ainda crises econômicas que redirecionam usuários do sistema privado para o sistema público.

Ao lado da previsão de metas e indicadores deve caminhar o aperfeiçoamento do monitoramento. Essa função é atribuída comumente a uma das partes, com potencial risco de comprometimento da avaliação em função do claro conflito de interesses em razão da concentração na mesma entidade do dever de financiar o serviço e de medir os índices de desempenho. A avaliação do índice de desempenho impacta na composição do valor das transferências financeiras no que tange à parte variável da composição orçamentária, circunstância que abre espaço para condutas oportunistas por parte da administração pública, notadamente em cenários de limitação orçamentária do órgão público, que pode vislumbrar na avaliação inferior do desempenho um meio para economizar recursos. Em razão da necessidade de acompanhamento mensal do atendimento dos requisitos de qualidade dos serviços executados pela organização social, a função de fiscalização e apuração do desempenho deveria ser assumida por um agente independente especializado, contratado pelo poder público mediante licitação ou outro expediente, mas que não mantenha relação de subordinação com nenhuma das partes.

O controle também pode ocorrer na modalidade de autorregulação, tal como é realizado em outros setores. No caso dos contratos de gestão o poder público poderia ser utilizar do auxílio privado para a fiscalização. Na área da saúde voltada ao terceiro setor já existe associação com o propósito de autorregulação: o Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde (IBROSS), entidade nacional representativa das organizações sociais de saúde (OSS). O IBROSS conduz o programa QualIES, que avalia as políticas e práticas de integridade e *compliance* nas organizações sociais de saúde, com o objetivo de reconhecer as instituições que realizam trabalho sério e transparente, tenham boa governança, sejam representativas da sociedade, cumpram uma série de normas de segurança e metas quantitativas e qualitativas, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelos gestores públicos. As organizações sociais

avaliadas recebem a Certidão Ética Saúde, que contém a situação junto ao Conselho de Ética, o resultado da autoavaliação anual de *compliance* e a nota do QualiES.

Ainda pode ser incluída como ferramenta de controle a alocação de responsabilidades pelos riscos das atividades. A matriz de riscos, atualmente inexistente nos contratos de gestão, deve considerar fatores importantes no ciclo de vida desse módulo, como a responsabilidade civil e trabalhista e os efeitos futuros. Essa é uma situação que pode ser resolvida de forma mais simples pela alocação de riscos, inclusive com previsão de fundo para indenizações, as quais fatalmente ocorrerão em razão dos riscos inerentes às atividades de saúde; a contratação de um seguro, com previsão da extensão e hipóteses de cobertura; e ainda as situações que deverão ser custeadas pela organização social, nos casos em que o dano decorra comprovadamente de má-fé ou dolo.

Ao escrever a conclusão deste trabalho tenho a impressão de que os temas eleitos para reflexão pertencem todos à mesma categoria, o controle. Ou estão, ainda que indiretamente, relacionados a essa função e principal promessa do contrato de gestão, que é voltado ao controle de resultados.

Nesse sentido, as matérias citadas acima (controle em sentido estrito e fiscalização) se alinham às demais adiante descritas quanto à finalidade, pois todas visam ou repercutem no controle do módulo, dentre elas a avaliação de impacto legislativo (AIL) e regulatório (AIR), instrumento absolutamente necessário para a eficiência e produtividade da regulação e da regulamentação. Também dialogam com as alterações promovidas na Constituição Federal, como obrigação de realização de avaliação de políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados (§16 no art. 37) e determinação de que as leis orçamentárias (PPA, LDO, LOA) devem observar, no que couber, os resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas (art. 165).

As sanções claramente também são uma face do controle e devem ser pensadas a partir da relação na qual ela atua como resposta. Não há previsão a respeito delas nas leis que regem os contratos de gestão e, na ausência de disposição específica, são aplicadas as sanções destinadas aos contratos administrativos (disciplinadas pela Lei nº. 8.666/1993 e agora pela Lei nº. 14.133/2021), incompatíveis com a relação estabelecida pelos contratos de gestão, na medida em que a administração pública participa ativamente da governança. Há consistente possibilidade de que em caso de não cumprimento do objeto contratual as partes sejam igualmente responsáveis. Além disso, a sanção tradicional pune mais os destinatários do contrato de gestão (os usuários dos serviços de saúde) do que os responsáveis pelas falhas e não

são aplicadas em conformidade com a categoria da infração; há confusão entre sanção contratual e sanção administrativa e imposição indiscriminada da desqualificação, quando ela deveria ficar reservada às hipóteses que coincidam com crimes.

Além disso, o poder público deve fazer uso das sanções premiaias. Feito o devido e acurado exame sobre a relação de metas de desempenho, a administração pública pode considerar o incentivo premial financeiro de monetizar a eficiência da organização social, cujos frutos podem ser voltados ao aprimoramento das atividades do próprio contrato de gestão ou para reserva técnica em caso de obrigações atinentes à responsabilidade pelos riscos, bem como apropriados pela entidade para uso nas suas atividades, visto que essas instituições normalmente estão obrigadas por lei ou pelo seu estatuto a investirem todos os recursos nas suas atividades, as quais costumam ser publicamente relevantes.

Os contratos de gestão celebrados pelo Estado e pelo Município de São Paulo também confundem sanção com responsabilidade civil, bem como com os custos inerentes à execução das atividades objeto do contrato. Quando os contratos determinam que os custos com rescisão dos contratos de trabalho, por exemplo, somente serão custeados pelo poder público contratante se a extinção do contrato de gestão não ocorrer por má-gestão, dolo ou culpa da organização social, generaliza situação que merece análise casuística, na medida em que nem toda má-gestão implicará necessariamente em reflexos nas verbas devidas aos empregados, de modo que a previsão referida, por si, já se apresenta como sanção, aplicada objetivamente.

Além de passar pela avaliação dos motivos que determinaram o ato, incluída a verificação da participação ativa ou omissiva do poder público, e pela análise do impacto da sanção para o serviço objeto do contrato (e, portanto, para os usuários), o processo sancionatório deve recorrer preferencialmente a outras soluções, como a já mencionada matriz de riscos, ferramenta que tem o potencial de resolver muitas questões contratuais, bem como ao balanço das metas e indicadores de qualidade para avaliação do impacto e gravidade do ato que esteja a reclamar a aplicação de alguma sanção, tudo isso alinhado aos critérios de dosimetria previstos na legislação extravagante.

No tocante às normas gerais da contratação, há lacunas quanto à qualificação e ao processo de chamamento. Questão controvertida é a exigência de capacidade financeira ou qualificação econômico-financeira das organizações sociais, conforme prevê o Decreto Municipal nº. 52.858/2011, por meio do cálculo de índices contábeis usualmente aceitos tal como o faz a Lei nº. 8.666/93. A controvérsia reside não somente na forma de avaliação dessa capacidade, já que está em análise uma instituição sem finalidade lucrativa, mas na própria

necessidade e regularidade dessa medida, tendo em vista que não há remuneração no contrato de gestão e o financiamento do seu objeto é assumido integralmente pelo poder público.

Nem se diga que o objetivo é evitar a malversação ou o mau uso dos recursos públicos, pois para atingir essa finalidade devem ser empregados meios de controle e fiscalização que a eventual qualificação econômico-financeira não suprirá.

Outra controvérsia se refere ao estudo de economicidade e à estimativa de custos do contrato de gestão de saúde, condições recorrentemente objeto de críticas e apontamentos pelo Tribunal de Contas, conforme se observa das decisões que compõem os anexos E e F. Em vários julgados o controle externo cita a ausência de comparação de preços de mercado, como se a atividade a ser desenvolvida no contrato de gestão comportasse a mesma precificação daquelas desenvolvidas comercialmente. Em uma ou outra decisão isolada o Tribunal de Contas cita a comparação entre organizações da mesma natureza.

Nesse ponto é preciso o abandono definitivo da falsa premissa de que o custo sempre é a principal análise de vantajosidade. O objetivo do contrato de gestão nunca foi necessariamente a economicidade, mas a eficiência. Isso não significa que não se deva buscar a otimização dos recursos, financeiros ou não. Todavia, essa finalidade deve ser alcançada pelo controle de resultados, o que se atinge via análise das propostas apresentadas pelas organizações sociais para o alcance dos indicadores no chamamento público, e não pela simplória comparação de preços.

O critério de seleção pela melhor técnica também é um ponto crítico. Para que o poder público possa usufruir de todo o potencial do contrato de gestão é necessário que ele se desincumba do dever de construir e planejar o objeto do módulo mediante o mapeamento das metas e indicadores de desempenho, o que norteará o termo de referência ou projeto que comporá o chamamento público. Pode, inclusive, usar da audiência pública antecipadamente ao chamamento para coletar informações e materiais destinados à composição do projeto.

Também sobre a qualificação é necessário o abandono da construção histórica e cultural de simples e protocolar titulação. Ao contrário de ser um procedimento estritamente formal, de simples outorga de um título à entidade, a qualificação como organização social deveria ser conduzida a partir de critérios técnicos e distribuída por diversos níveis, em conformidade com o porte e escopo dos serviços que poderão ser contratados pela organização social qualificada. Explico: a qualificação OS 1, por exemplo, seria atribuída às entidades que comprovem x anos de existência e atuação, x número de unidades administradas de porte y e empregadora de x pessoas; a qualificação OS 2 seria outorgada às entidades com comprovem

2x anos de existência e atuação, 2x número de unidades administradas de portes y e z, empregadora de 2x pessoas e portadora de certificações e creditações nível a; e assim por diante.

No que tange aos chamamentos ou seleções públicos, os editais e seus anexos precisam incluir o inventário dos bens cedidos, as suas condições, especificações (inclusive licenças, alvarás e autorizações) e tempo de uso, bem como a relação de servidores públicos, informações essas essenciais para nortear a elaboração do projeto pelas organizações sociais.

Passou do tempo de exigir das organizações sociais, via chamamento ou no processo de qualificação, a obrigação de instituírem estruturas de integridade corporativa (*compliance*), com sistema de controle interno, ouvidoria e setor responsável pela identificação e prevenção de riscos organizacionais (conforme previsto no projeto de lei complementar nº 50 em trâmite na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo), o que colaboraria inclusive para o diálogo entre as instâncias de controle do poder público contratante e da organização social.

No que tange ao rateio de despesas, a prática precisa ser regulamentada de forma mais sistemática, sobretudo pelo Município de São Paulo, que não possui ato normativo sobre a matéria. A utilização da estrutura central (ou sede) da organização social para concentração e padronização de procedimentos pode proporcionar ganho em escala e, obviamente, economia e eficiência.

Essa prática de concentração e compartilhamento de serviços pode ser potencializada por meio dos contratos em rede, que é a organização de contratos de gestão distintos, de várias unidades, de modo que todos se beneficiem do mesmo sistema corporativo. Não é incomum que uma organização social celebre mais de um contrato de gestão com o mesmo ente federativo. Nesse caso, o rateio deveria ser um sistema impositivo a essas organizações sociais, com previsão no chamamento público, cujo exigência se aplique somente às entidades nessas condições, de modo que a estrutura corporativa seja uma realidade bem arquitetada para proporcionar a máxima potencialidade de economia e otimização de custos e desempenho.

Relativamente à proteção de dados pessoais há muito que se avançar, sobretudo porque a legislação que disciplina a questão é recente. As organizações sociais de saúde e o poder público, evidentemente, coletam muitos dados pessoais, dentre eles dados pessoais sensíveis, haja vista a natureza das atividades desenvolvidas no bojo do contrato de gestão de saúde. Essa realidade impõe maior preocupação com as ações de adequações às mudanças promovidas pela LGPD, com forte impacto no equilíbrio econômico-financeiro do módulo.

Para além de disciplinar sobre as adequações necessárias para o tratamento de dados pessoais contratualmente, com definição do controlador, operador e encarregados, o poder público deve se preocupar com a integração com as organizações sociais, principalmente aquelas responsáveis pela execução de serviços públicos de saúde, haja vista a necessidade de transitar dados pessoais e de compatibilidade e adequação dos sistemas informativos, que devem estar preparados, inclusive, para a portabilidade. Seria o caso de incluir as organizações sociais, senão como integrantes dos comitês e demais organismos responsáveis pela proteção de dados, ao menos como participantes ativas das reuniões e frentes de trabalho.

Há muito que se desenvolver também quanto à convivência entre a lei geral de proteção de dados e a lei de acesso à informação. Vários documentos divulgados pela administração pública por meio da transparência ativa e pela transparência passiva contêm dados pessoais. Um contrato, por exemplo, qualifica as partes; alguns módulos de cooperação exigem prestações de contas onde provavelmente constam dados pessoais de usuários de serviços públicos; isso só para citar dois exemplos triviais. Teoricamente, antes de divulgar referidos documentos a administração pública deve zelar pela omissão dos dados pessoais, à exceção do nome, mediante anonimização ou pseudonimização, ou simplesmente por meio da rasura do documento nas partes que contenham dados pessoais. Caso assim não proceda, o poder público terá de enfrentar a difícil tarefa de obter o consentimento dos titulares dos dados pessoais e de gerir o tratamento em conformidade com essa hipótese legal, à qual a LAI restringe o tratamento.

Além dos dados pessoais dos usuários do serviço público, cuja responsabilidade pela guarda é da organização social e do poder público com quem eles são compartilhados, há ainda os dados pessoais dos empregados ou terceiros que prestam serviços no âmbito do respectivo módulo convencional, os quais não se sujeitam ao mesmo regime dos servidores públicos. Diferentemente do entendimento estabelecido para a divulgação dos vencimentos dos servidores, os salários dos empregados das organizações sociais não podem se sujeitar à mesma divulgação, como determina o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Por fim, a hipótese para a pergunta desta tese encontra confirmação nas modificações propostas pelos cinco projetos de lei complementar que tramitam na Assembleia Legislativa de São Paulo com o objetivo de alterarem a Lei Complementar nº. 846/98. Os pontos negativos localizados nos projetos são os mesmos que aqueles verificados na pesquisa dos contratos, da legislação e dos julgados dos Tribunais de Contas; e os pontos positivos coincidem com o resultado da análise do mencionado material. São eles:

- Pontos negativos: obrigação à organização social de apresentar a programação anual de trabalho, com a forma de avaliação de desempenho (a participação da sociedade organizada não é um retrocesso, pelo contrário, mas ela deve ocorrer no momento e na forma apropriada, em diálogo com o poder público, e não na condição de avaliação de proposta); dever de a organização social publicar dados pessoais dos seus empregados no seu sítio eletrônico, mediante a aplicação integral da lei de acesso à informação; réplica da lógica da Lei nº. 8.666/93 que autoriza a inadimplência do poder público pelo prazo de 90 dias; reprodução da Lei nº. 8.666/93 no que tange às sanções, com o agravante da previsão de inidoneidade pelo prazo longo de 10 anos; imposição de teto de remuneração para os membros da diretoria e empregados da organização social, fixado até o limite dos vencimentos do Governador; vedação da subcontratação das atividades de gerenciamento das unidades, bem como aquelas de natureza administrativa que supostamente se confundem com o escopo principal do contrato, tais como consultoria jurídica, gestão de recursos humanos e departamento de compras.
- Pontos positivos: previsão de existência de provisões contábeis, nos balanços da organização social, das reclamações trabalhistas contra ela propostas, a indicar que o passivo deve ser quitado pelo poder público; exigência de reserva técnica, no importe de 10 a 15% da parcela mensal do custeio, para fundo destinado ao provisionamento para o pagamento de verbas rescisórias trabalhistas e demais valores devidos em virtude de processos administrativos ou judiciais; obrigatoriedade da sub-rogação ou sucessão das obrigações da organização social para a sucessora do contrato de gestão, o que resolve o problema do passivo do contrato, especialmente eventual configuração de fraude trabalhista; distanciamento entre o contrato de gestão e o contrato administrativo previsto na Lei nº. 8.666/93 e na Lei Estadual nº. 6.544/1989; ensaio para a automação do controle, haja vista a determinação às organizações sociais (embora a obrigação devesse se aplicar ao poder público) de utilização de sistemas eletrônicos para o registro, coleta e transmissão de dados que permitam apurar os indicadores de desempenho, comparar a meta prevista com a realizada e comparar a

produção de outros ajustes com condições similares; exigência de integridade no âmbito das organizações sociais, com obrigação de estruturas de integridade corporativa e sistema de controle interno, ouvidoria e setor responsável pela identificação e prevenção de riscos organizacionais.

“O Brasil tem um enorme passado pela frente”. A frase de Millôr Fernandes continua atual e ilustra bem o resultado desta pesquisa. Em que pese a legislação tenha dado vida a um novo modelo de cooperação e colocado à disposição do poder público moderna caixa de ferramentas para lidar com os desafios impostos por algumas das suas funções, as mais de duas décadas de execução do contrato de gestão demonstram que ainda se manifestam resquícios de antigos módulos, especialmente do convênio e do contrato administrativo regulado pela lei de licitações.

O controle de resultados, um dos principais trunfos do contrato de gestão, não decolou e precisa de reparos para alçar voo. Por consequência, as demais funcionalidades desse tipo de módulo, todas amplamente debatidas aqui, sofrem limitação ou deixam de se concretizar. Os gestores e os controladores, internos e externos, precisam se desvencilhar das práticas antigas para extraírem do contrato de gestão todo o potencial que a sua moderna arquitetura pode proporcionar, principalmente o abandono ou a mitigação do formalismo e da burocracia excessivos.

Não obstante a Constituição Federal seja o marco da redemocratização e da inclusão de direitos civis e sociais, a ponto de ser conhecida como Constituição Cidadã, o Brasil ainda é um país desigual, cuja renda *per capita* está distante dos países mais ricos. A garantia dos direitos básicos é condição para que os cidadãos e cidadãs exerçam com dignidade a liberdade, e a saúde é um dos principais deles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS²⁰¹

AICARDI, Nicola. *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Roma, a. 47, n. 1, p. 1-59, 1997.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2001.

_____. "Contratos administrativos", in JABUR, Gilberto Haddad, e PEREIRA JR., Antônio Jorge (coordenadores), *Direito dos Contratos II*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 193-216.

ALMEIDA, Mário Aroso de. *O problema do contrato administrativo: no quadro administrativo decorrente do código dos contratos públicos revisto*. Coimbra: Almedina, 2018.

ALVES, Sonia Aparecida. *As organizações sociais de saúde em São Paulo*. Revista da GVsaúde da FGV-EAESP. Primeiro semestre de 2009 - Número 7, p. 29-30.

AMSELEK, Paul. *Études de droit public*. Paris: Éditions Panthéon Assas, 2009.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2006.

BERGAMO, Mônica. *GSI é o órgão que mais usa a LGPD para negar pedidos de informação, diz relatório*. Folha de São Paulo, 12/12/2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/12/gsi-e-o-orgao-que-mais-usa-a-lgpd-para-negar-pedidos-de-informacao-diz-relatorio.shtml?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=newsjus

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Rio de Janeiro: Fórum, 2016.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

²⁰¹ De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT NBR 6023).

_____. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998.

_____. *Estratégia e estrutura para um novo Estado*. Revista do Serviço Público, n. 1, jan./abr. 1997.

CASSESE, Sabino. *L'Arena Pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*. Rivista Trimestrale di Diritto Publico 3. Milão, 2001.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.

CIPPITANI, Roberto. *La sovvenzione come rapporto giuridico*. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2013.

CORATELO, Ramon. *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DAMIANI, Ernesto Sticchi. *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*. Millano: Giuffré, 1992.

DEFANTI, Francisco. *Um ensaio sobre a autorregulação: características, classificações e exemplos práticos*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 149-181, jul./set. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

_____. *Parceria na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Participação popular na Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 191, p26-39, jan./mar. 1993.

DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. *A fiscalização direta das organizações sociais de saúde pelo TCM-SP*. Consultor Jurídico, 20 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-20/donnini-fiscalizacao-organizacaoes-sociais-saude-tcm-sp>.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. por Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

FERRAREZI, Elisabete. *OSCIP: Saiba o que são organizações da sociedade civil de interesse público*. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002.

FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *O controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antonio Herman de. *O conceito de relevância pública na Constituição Federal*. Revista de Direito Sanitário, vol. 5, n. 2, julho de 2004, p. 77-89.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 3: contratos e atos unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas*. Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVEZ, Pedro Costa. *Direito dos contratos públicos*. 3. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2008.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 6, El método en derecho - La administración paralela. 1ª ed. Buenos Aires, FDA, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

IBAÑEZ, Nelson; BITTAR, Olímpo José Nogueira Viana; SÁ, Evelin Naked de Castro; YAMAMOTO, Edison Keiji; ALMEIDA, Márcia Furquim de; CASTRO, Cláudio Gastão Junqueira de. *Organizações sociais de saúde: o modelo do Estado de São Paulo*. Ciência & Saúde Coletiva, 6 (2): 391-404, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. *A natureza jurídica do contrato de gestão com as Organizações Sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 4772, mar./ago. 2013.

_____. OLIVEIRA, Gustavo H. Justino. *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação*. Artigo. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano XXI, n. 9, p. 1010-1025, set. 2005.

_____. *Parcerias público-privadas no setor de saúde: viabilidade econômica e estabilidade jurídica*. Revista Brasileira de Direito da Saúde, ano 5, n. 6, janeiro a junho de 2014, p. 9-42.

MANZINI, E. J. Considerações sobre a elaboração de roteiro para entrevista semi-estruturada. In: MARQUEZINE: M. C.; ALMEIDA, M. A.; OMOTE; S. (Orgs.) Colóquios sobre pesquisa em Educação Especial. Londrina: eduel, 2003.

MASAGÃO, Mário. *Conceito de direito administrativo*. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 1926.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A bipolaridade do direito administrativo e sua superação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Marques Neto, Floriano de Azevedo, & Cunha, Carlos Eduardo Bergamini. (2013). *Serviços sociais autônomos*. *Revista De Direito Administrativo*, 263, 135–174.

MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes*. RDDA, v. 2, n. 2, 2015.

MARRARA, THIAGO; BARBOSA, A. F. M. *Responsabilidade do Estado pelo contrato: reflexões a partir da responsabilidade do contratante por lacunas e erros em concessões de serviços públicos*. In: Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves, Eurico Bitencourt e Fabricio Motta. (Org.). *RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. 1. ed. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas; Centro de Investigação de Direito Público, 2020.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MODESTO, PAULO. *A Lei 13.019 e as Transformações das Parcerias Público-Sociais*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 306, 2016.

_____. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: Renovar, vol. 214, out./dez. 1998.

MONTEIRO, Felipe Mikael Vasques. *Quais regras seguir em chamamentos públicos para organizações sociais: críticas a partir de uma análise da jurisprudência do TCE/SP*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021.

MONTEIRO, Vera. *Controle externo experimental. Controladores também podem inovar ao fiscalizar contratos experimentais*. São Paulo: JOTA, 14.01.2020. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/controle-externo-experimental-14012020>

_____. *Parceria do terceiro setor é espécie de contrato estatal. A legislação em tiras atrapalha a visão do todo*. São Paulo: JOTA, 21.12.2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/parceria-do-terceiro-setor-e-especie-de-contrato-estatal-21122021>

NOBREGA, Theresa Christine de Albuquerque; BRITO, Marina Falcão Lisboa. *O abismo que distancia as organizações sociais das terceirizações no direito administrativo brasileiro*. REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor. Brasília, V. 5, n. 2, pp. 307-345, jul.-dez., 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES, Andréa. *Terceiro setor – Fiscalização e outras formas de controle*. Recife: Nossa Livraria, 2002.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *Superando o paradigma punitivo. Por um procedimento disciplinar restaurativo*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo. n. 85. p. 67-104. jan./jun. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Constitucionalidade da Lei Federal n. 9.637/98, das Organizações Sociais*. Revista de Direito do Terceiro Setor, BH, a. 1, n. 2, p. 177-210, jul./dez. 2007.

_____. *Contrato de gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Organização administrativa*. 4 ed. São Paulo: Método, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; MOREIRA, Egon Bockmann. *Reforma sancionatória para defesa do consumidor. Responsabilização administrativa passa a ser mais garantista, previsível e com processo moderno*. São Paulo: JOTA, 22.12.2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-sancionatoria-defesa-do-consumidor-22122021>

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de mestrado, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

_____. *Contratos com Organizações Sociais no setor de saúde precisam de mudanças*. Consultor Jurídico, 27 de maio de 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-27/marcos-perez-contratos-saude-mudancas>>. Acesso em 4 de julho de 2020.

RAINAUD, Jean-Marie. *La crise du service public français*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANDEL, Michael J. *A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

SALGADO, Valéria Alpino Bigonha; CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. *Contratualização no SUS: principais conceitos e modelos de contratualização de desempenho institucional no Sistema Único de Saúde*. Curitiba: CRV, 2021.

SCHÜLER, Fernando. Eufrásia e Carnegie. *A grande sacada é que os ricos doem em vida. Apliquem seu dinheiro de um jeito inteligente e evitem sua dispersão*. VEJA de 8 de dezembro de 2021, edição nº 2767. Disponível em <https://veja.abril.com.br/blog/fernando-schuler/eufrasia-e-carnegie/>

STOFFAES, Christian. *Le contrat de gestion comme moyen de moderniser l'état*. *Revue Française d'administration Publique*, Paris, n. 61, p.75-80, jan.-mar.1992.

STREECK, Wolfgang. *O cidadão como consumidor. Considerações sobre a invasão da política pelo mercado*. Revista Piauí, n. 79, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011.

SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor – Regulação no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2003.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. *Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-26032012-092844.

VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. v. I. Turim: Unione Tipografico
– Editrice Torinese, 1925.

ANEXO A – ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Quadro 6 - Lei nº. 14.132/2006	
Assunto	Qualificação como organização social
Áreas	Saúde; educação; cultura; esportes, lazer e recreação; assistencial social; meio-ambiente; promoção de investimentos, competitividade e desenvolvimento.
Requisitos	<p>Natureza social relativo à área de atuação; finalidade não-lucrativa; ter como órgãos de deliberação superior e de direção: um conselho de administração e uma diretoria definidos no estatuto; publicação anual, no Diário Oficial do Município, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; no caso de associação, aceitação de novos associados; proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese; previsão de incorporação integral do patrimônio, legados ou das doações que lhe forem destinados, bem como dos excedentes financeiros de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no Município de São Paulo, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio do Município; desenvolvimento da atividade há mais de 5 anos.</p> <p>Decreto pode estabelecer outros requisitos.</p>

Conselho de Administração	<p>Até 55% membros eleitos entre os associados;</p> <p>35% de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho;</p> <p>10% de membros eleitos pelos empregados da entidade.</p> <p>Os Conselheiros não receberão remuneração.</p>
Contratação	Dispensa de licitação
Conteúdo do contrato	<p>Programa de trabalho proposto pela organização social, com estipulação de metas e prazos de execução, quando for pertinente, e critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade;</p> <p>Limites e critérios para a despesa com a remuneração e vantagens percebidas pelos dirigentes e empregados da organização social;</p> <p>Meta de atendimento mínimo a moradores de rua com dependência química, e dever de informar essa população sobre os tratamentos e terapias oferecidos pela organização social.</p>
Controle	<p>Controle interno:</p> <p>Comissão de Avaliação (função inclusive de análise prévia da minuta do contrato de gestão): 2 membros da sociedade civil, escolhidos dentre os membros do Conselho Municipal de Saúde ou dos Conselhos Gestores dos equipamentos objeto do contrato de gestão; 2 membros indicados</p>

	<p>pela Câmara Municipal de São Paulo; 4 membros indicados pelo Poder Executivo.</p> <p>Comissão de Acompanhamento e Fiscalização: 2 membros da sociedade civil; 3 membros do Poder Executivo.</p> <p>Controle das metas e análise dos resultados ao término de cada exercício.</p> <p>Controle externo: Câmara Municipal, com o auxílio do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.</p>
Outros assuntos relevantes	<p>Extensão dos preceitos da lei municipal para as entidades qualificadas como organizações sociais pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.</p> <p>Conselheiros e Diretores da organização social não poderão exercer outra atividade remunerada, com ou sem vínculo empregatício, na entidade.</p> <p>Vedação de pagamento de vantagem pecuniária pela entidade a servidor público afastado para a organização social.</p>

Quadro 7 - Decreto nº. 52.858/2011

Assunto	Regulamenta a Lei nº. 14.132/2006.
Áreas	Saúde; cultura; esportes, lazer e recreação.
Qualificação	<p>Pedido dirigido ao Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão, que deferirá ou indeferirá, ouvido previamente o titular da Pasta competente da área de atuação da entidade.</p> <p>Deverá também se inscrever no Cadastro Municipal Único de Entidades Parceiras do Terceiro Setor – CENTS.</p>

	<p>A entidade qualificada é considerada apta para celebrar contrato de gestão com o Município e a absorver a gestão e a execução de atividades e serviços de interesse público. Passarão a ser submetidas ao controle externo da Câmara Municipal, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas do Município.</p> <p>Desqualificação: se descumprir qualquer cláusula do contrato de gestão; dispor de forma irregular dos recursos, bens ou servidores que lhe forem destinados; incorrer em irregularidade fiscal ou trabalhista; descumprir as normas estabelecidas na legislação aplicável. Os dirigentes respondem individual e solidariamente pelos danos e prejuízos. Poderá ser determinado regime de direção técnica e fiscal e nomeado administrador dativo para a organização social.</p>
Requisitos	Mesmos requisitos da Lei nº 14.132/2006.
Conselho de Administração	Atenderá a composição prevista na Lei nº. 14.132/2006, o Conselho de Administração que for composto por 5 membros eleitos dentre os associados, 3 membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho e 1 membro eleito pelos empregados.
Contratação	Quando houver mais de uma entidade interessada deverá ser realizado processo seletivo (chamamento público), divulgado por meio de Comunicado de Interesse Público.

	<p>Documentação: certificado de qualificação como organização social; regularidade jurídica e fiscal e satisfatória situação econômico-financeira (cálculo de índices contábeis usualmente aceitos); declaração de idoneidade; declaração de que não cumpre as sanções previstas no art. 87, incisos III e IV da Lei nº. 8.666/93; comprovante de inscrição do ato constitutivo.</p> <p>Edital: objeto da parceria, com descrição da atividade que deverá ser promovida e/ou fomentada e os respectivos bens e equipamentos destinados a esse fim, bem como os elementos necessários à execução do objeto da parceria, com indicação do conjunto de objetivos, metas e indicadores de qualidade; data-limite para que as organizações sociais manifestem expressamente interesse; critérios objetivos de julgamento dos programas de trabalho propostos pelas organizações sociais; data, local e horário de apresentação da documentação e do programa de trabalho (não inferior a 15 dias, contados da publicação); outras informações pertinentes.</p> <p>Plano de trabalho: apresentado pela organização social, deverá discriminar os meios e os recursos orçamentários necessários à prestação dos serviços, a definição das metas operacionais e dos</p>
--	---

	<p>indicadores para avaliação de desempenho e qualidade.</p> <p>O contrato de gestão deverá ser aprovado pelo Conselho de Administração da organização social.</p>
Contrato	<p>Prazo inicial na área da saúde de, no máximo, 5 anos. Poderá ser renovado por períodos sucessivos, iguais ou menores ao inicial, observado o prazo máximo de 20 anos.</p>
Controle	<p>Controle interno:</p> <p>Comissão de Avaliação. Atribuição específica de analisar as minutas dos contratos de gestão.</p> <p>Comissão de Acompanhamento e Fiscalização. 2 membros da sociedade civil, escolhidos pelo Prefeito; 3 membros do Poder Executivo. Avaliação da execução do contrato de gestão; análise da prestação de contas; elaboração de relatório parcial conclusivo. Reuniões ordinárias ao final de cada semestre.</p>
Outros assuntos relevantes	<p>Fomento: garantia de destinação de recursos orçamentários e bens públicos à organização social para cumprimento do contrato de gestão.</p> <p>Aprovação pelo Município do regulamento próprio da organização social para a contratação de obras e serviços e compras. Publicado no DOM.</p> <p>Servidores cedidos ficam submetidos à gerência da organização social, inclusive</p>

	no que tange ao controle de frequência, programação de férias, avaliação de desempenho e sugestão, mediante relatório circunstanciado dos fatos, de aplicação de penalidade.
--	--

Quadro 8 - Lei nº. 17.273/2020

Assunto	Organiza a Política Municipal de Prevenção da Corrupção.
Áreas	Todas.
Assuntos relevantes	<p>Fomento: garantia de destinação de recursos orçamentários e bens públicos à organização social para cumprimento do contrato de gestão.</p> <p>Aprovação pelo Município do regulamento próprio da organização social para a contratação de obras e serviços e compras. Publicado no DOM.</p> <p>Servidores cedidos ficam submetidos à gerência da organização social, inclusive no que tange ao controle de frequência, programação de férias, avaliação de desempenho e sugestão, mediante relatório circunstanciado dos fatos, de aplicação de penalidade.</p> <p>A realização de chamamentos públicos pela Administração Municipal será precedida de processo formal de que conste a fundamentação do respectivo preço de referência.</p> <p>As entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos municipais em virtude de parcerias deverão realizar, para</p>

	<p>obras, compras e serviços em geral, pesquisa de preços nos termos dos parâmetros estabelecidos nesta lei.</p> <p>As organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e demais entidades sem fins lucrativos parceiras da Administração Municipal ficam obrigadas a publicar na internet todas as informações de interesse público por elas produzidas ou custodiadas, inclusive: I - repasses ou transferências de recursos municipais de São Paulo; II - relação atualizada das unidades/equipes envolvidas na implementação do objeto da parceria; III - íntegra do instrumento de parceria e seus respectivos termos aditivos; V - íntegra dos contratos referentes a serviços terceirizados relacionados à execução e manutenção das atividades relacionadas ao objeto da parceria; VI - relação de contratos de serviços terceirizados, com especificação mínima de: a) valor; b) objeto; c) dados do contratado; d) prazo de duração; VII - relação de funcionários e salários vinculados a cada parceria, inclusive pessoal administrativo e dirigentes.</p> <p>Os sítios de internet deverão atender o requisito de acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina.</p>
--	--

Outros atos normativos correlatos sem interesse ou pouca relevância para a pesquisa, embora devidamente analisados e alguns objeto de citação no decorrer do desenvolvimento da tese:

Lei nº. 17.335/2020 (dispõe sobre autorização de medidas excepcionais no âmbito dos contratos administrativos de prestação de serviços, finanças públicas e outras medidas em face da emergência e estado de calamidade pública decorrentes do coronavírus).

Decreto nº. 52.830/2011 (reorganiza o Cadastro Municipal Único de Entidades Parceiras do Terceiro Setor – CENTS);

Portaria Pref. nº. 91/2015 (designa representantes para integrar a Comissão de Acompanhamento e Fiscalização da execução dos contratos de gestão no âmbito da Secretaria Municipal da Saúde);

Portaria SMS nº. 1.441/2012 (formaliza os procedimentos de manifestação de servidores em exercício nas unidades de saúde que especifica);

Portaria SMS nº. 1.776/2014 (constitui Comissão Especial de Seleção de organizações sociais no âmbito da Secretaria Municipal da Saúde);

Portaria SMS nº. 1.480/2015 (constitui Comissão Especial de Seleção de organizações sociais no âmbito da rede assistencial das Supervisões Técnicas de Saúde Penha e Ermelino Matarazzo);

Portaria SMS nº. 1.481/2015 (constitui Comissão Especial de Seleção de organizações sociais no âmbito da rede assistencial do Distrito Administrativo Barra Funda da Supervisão Técnica de Saúde Lapa/Pinheiros e da Supervisão Técnica de Saúde Sé);

Portaria SMS nº. 1.482/2015 (constitui Comissão Especial de Seleção de organizações sociais no âmbito da Supervisão Técnica de Saúde Butantã);

Portaria SMS nº. 1.482/2015 (constitui Comissão Especial de Seleção de organizações sociais no âmbito do Distrito Administrativo Campo Limpo e Vila Andrade);

Portaria SMS nº. 240/2020 (especifica, de forma transitória e excepcional, os critérios de avaliação dos contratos de gestão durante a situação de emergência para enfrentamento da pandemia decorrente da COVID-19);

Instrução nº 01/1985 – TCM/SP (dispõe sobre a comprovação da aplicação de auxílios e subvenções concedidos pelo Município de São Paulo);

Instrução nº 01/2008 – TCM/SP (dispõe sobre o controle dos contratos de gestão firmados entre o Município de São Paulo e as entidades qualificadas como organizações sociais);

Instrução nº 01/2010 – TCM/SP (altera dispositivos da Instrução 01/2008).

ANEXO B – ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Quadro 9 - Lei Complementar nº. 846/1998	
Assunto	Qualificação de entidades como organizações sociais
Áreas	Saúde; educação; cultura; esporte, lazer; atendimento ou promoção de direitos das pessoas com deficiência; atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes; proteção e conservação do meio-ambiente; promoção de investimentos, de competitividade e de desenvolvimento.
Requisitos	Natureza social relativo à área de atuação; finalidade não-lucrativa; ter como órgãos de deliberação superior e de direção: um conselho de administração e uma diretoria definidos no estatuto; previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de membros da comunidade de notória capacidade profissional e idoneidade moral; publicação anual, no Diário Oficial do Estado, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; no caso de associação, aceitação de novos associados; proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese; previsão de incorporação integral do patrimônio, legados ou das doações que lhe forem

	<p>destinados, bem como dos excedentes financeiros de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no Estado, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio do Estado; <u>ter recebido aprovação em parecer favorável quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Secretário de Estado da área correspondente e do Secretário da Administração e Modernização do Serviço Público²⁰²; comprovar possuir serviço próprio de assistência à saúde há mais de 5 anos.</u></p>
Conselho de Administração	<p>Até 55% membros eleitos entre os associados; 35% de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho; 10% de membros eleitos pelos empregados da entidade.</p> <p><u>Os membros eleitos para compor o Conselho não poderão ser parentes consanguíneos ou afins até o 3º grau do Governador, Vice-Governador e Secretários de Estado.</u></p> <p>Os conselheiros não receberão remuneração.</p> <p><u>Aos conselheiros, administradores e dirigentes das organizações sociais de</u></p>

²⁰² A Secretaria da Administração e Modernização do Serviço Público foi extinta e desativada pelo Decreto nº. 43.880/1999, com a transferência de suas funções para a Secretaria do Governo e Gestão Estratégica, atualmente organizada pelo Decreto nº. 66.018/2021, que confere competência ao Secretário de Projetos e Ações Estratégicas para qualificar as organizações sociais (art. 22, inciso VII).

	<u>saúde é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde.</u>
Contratação	Dispensa de licitação, precedida de publicação da minuta do contrato de gestão e de convocação pública das organizações sociais para que manifestem interesse em celebrá-lo.
Conteúdo do contrato	<p>Discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do poder públicos e do órgão ou da entidade contratada.</p> <p>Especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, com estipulação de metas e prazos de execução, e critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade.</p> <p>Limites e critérios para a despesa com a remuneração e vantagens percebidas pelos dirigentes e empregados da organização social.</p> <p>Atendimento exclusivo aos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS e do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE.</p> <p>Adotar sistemática de controle de atendimento de pacientes filiados a operadores de planos de saúde privados e particulares, ingressantes na qualidade de usuários SUS e IAMSPE.</p>
Controle	Controle interno: Secretaria de Estado.

	<p>Comissão de avaliação da execução do contrato de gestão, indicada pelo Secretário de Estado competente, composta por 2 integrantes do Conselho Estadual de Saúde e 2 integrantes da Comissão de Saúde e Higiene da Assembleia Legislativa. Deverá encaminhar relatório trimestral à Assembleia Legislativa.</p> <p>Publicação do balanço e das prestações de contas da organização social no DOE.</p> <p>Controle externo: Assembleia Legislativa, com auxílio do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.</p>
Outros assuntos relevantes	<p>Destinação à organização social de recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão. Facultado o afastado de servidor para a organização social.</p> <p>Extensão dos preceitos da lei estadual para as entidades qualificadas como organizações sociais pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.</p> <p>Conselheiros e Diretores da organização social não poderão exercer outra atividade remunerada, com ou sem vínculo empregatício, na entidade.</p> <p>Desqualificação em caso de descumprimento das disposições do contrato de gestão.</p>

Assunto	Estabelece diretrizes alusivas à celebração de contratos de gestão com organizações sociais de que trata a Lei Complementar nº. 846/1998.
Áreas	Saúde. Contratos de gestão que tenham por objeto unidades detentoras de mais de 50% da oferta de serviços de saúde em sua região de inserção, bem com unidades prestadoras de serviços de saúde especializados e de alta complexidade.
Objeto	Garantir tratamento igualitário entre os usuários do SUS e do IAMSPE.
Conteúdo	Veda a reserva de leitos, consultas e atendimento em geral em favor de paciente particular ou usuário de plano de saúde privado. Veda à Secretaria da Saúde celebrar contrato ou qualquer ajuste com pacientes particulares e planos de saúde privados. Cabe às organizações sociais perceberem o pagamento devido e investirem os recursos recebidos na melhoria do atendimento e na oferta de serviços do SUS.

Quadro 11 - Decreto nº. 64.056/2018

Assunto	Estabelece diretrizes alusivas à celebração de contratos de gestão com organizações sociais de que trata a Lei Complementar nº. 846/1998.
Áreas	Todas as áreas abrangidas pela lei estadual.
Objeto	Disciplina a convocação pública e o conteúdo dos contratos de gestão.

Conteúdo	<p>Determina que haja justificativa do enquadramento do objeto, por sua natureza, na modalidade contrato de gestão.</p> <p>A convocação deve ser instruída com termo de referência técnico e orçamentário que especifique as características dos equipamentos e dos programas que serão objeto do contrato de gestão.</p> <p>O contrato deverá:</p> <p>Estipular limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos diretores e empregados das organizações sociais, tendo como referência os padrões praticados por entidades congêneres;</p> <p>Sujeitar essa despesa à pesquisa salarial que evidencie o enquadramento na média dos valores praticados no terceiro setor;</p> <p>A locação de imóvel dependerá de prévia pesquisa de mercado;</p> <p>Obrigação à organização social de disponibilizar no seu site os relatórios de atividades, as prestações de contas anuais, a remuneração bruta e individual mensal dos cargos pagos com recursos do contrato de gestão, de todos os empregados e diretores, e a relação anual de todos os prestadores de serviços contratados e pagos com recursos do contrato de gestão;</p> <p>Prazo de duração do contrato de gestão não inferior a 2 anos nem superior a 10 anos.</p> <p>Os recursos do contrato abrangem todas as receitas obtidas, a qualquer título, do</p>
----------	---

	<p>respectivo equipamento ou programa público.</p> <p>Os recursos podem ser utilizados para investimentos, reformas e construções.</p> <p>Poderá ser estabelecida reserva técnica de 15% mensalmente para contingências de natureza incerta e provisões relacionadas à execução e ao encerramento contratual (por meio de Resolução ou cláusula contratual).</p> <p>Os recursos da reserva somente poderão ser utilizados com prévia aprovação do Conselho de Administração da Organização Social, por deliberação de $\frac{3}{4}$ dos seus membros.</p> <p>Caso as contingências não sejam encerradas concomitantemente ao termo final do contrato de gestão ou transferidas a outra organização social, a contratada deverá prestar contas anualmente sobre a manutenção, aplicação e destinação do saldo da reserva técnica.</p> <p>Os pagamentos realizados com os recursos da reserva técnica não podem decorrer de atos de má gestão (negligência, dolo ou culpa).</p> <p>Se não houver recursos suficientes de reserva técnica, o órgão contratante deve viabilizar os recursos necessários para pagamento de dívidas líquidas e certas de natureza trabalhista, previdenciária, cível ou tributária, relativas a fatos geradores ocorridos anteriormente à vigência do contrato de gestão e àqueles ocorridos</p>
--	---

	durante a vigência deste, desde que não decorra de culpa grave ou dolo, reconhecidos judicialmente.
--	---

Quadro 12 - Decreto nº. 64.367/2019

Assunto	Institui o Portal Eletrônico das Organizações Sociais e aprova o regulamento eletrônico para sua utilização.
Áreas	Todas as áreas abrangidas pela lei estadual.
Objeto	Cria o Portal Eletrônico das Organizações Sociais e aprova o regulamento eletrônico para sua utilização.
Conteúdo	<p>Institui o Portal Eletrônico por meio do qual se dará a qualificação das organizações sociais; a convocação pública para celebração de contratos de gestão; a prestação de contas e acompanhamento das metas pactuadas; a aplicação de sanções.</p> <p>O Portal deve ser obrigatoriamente utilizado pelos órgãos da administração pública estadual para a condução dos procedimentos eletrônicos em sua respectiva área de competência.</p> <p>De acordo com o Regulamento do Portal Eletrônico, anexo ao Decreto, todos os atos praticados nos procedimentos retro citados, inclusive notificações e manifestações, deverão ocorrer por meio eletrônico, mediante prévio cadastramento da entidade interessada.</p>

	<p>A Administração tem o prazo de 60 dias, prorrogável por igual período, para decidir o pedido de qualificação.</p> <p>A convocação pública para celebração de contrato de gestão se iniciará com a publicação do edital, que deverá conter: a especificação detalhada do equipamento ou programa público objeto do contrato; a forma de avaliação da qualidade das atividades objeto do contrato, que se baseará em <u>indicadores de resultado ou impacto e vinculará a transferência de parte dos recursos</u>; a minuta do contrato de gestão; o critério objetivo para julgamento das propostas (menor montante de recursos financeiros a ser repassado; melhor técnica; ou a combinação de ambos).</p> <p>Ao término do prazo de cada prestação de contas, a Administração deve disponibilizar no Portal Eletrônico, em até 90 dias, o respectivo parecer técnico de análise²⁰³.</p>
--	---

²⁰³ O Decreto nº. 64.367/2019 prevê que o titular da pasta decidirá pela desqualificação da organização social, observadas as hipóteses e respectiva gradação previstas em resolução conjunta expedida pelo Secretário de Governo e pelo Procurador Geral do Estado. Todavia, não localizei referida resolução conjunta. Em pedido de acesso à informação (protocolo 663712120829) recebi a seguinte resposta: “Esclarecemos que sua solicitação de acesso à informação foi encaminhada para o Centro de Documentação e Arquivo, desta Secretaria de Governo para pesquisar e encontrar a resolução conjunta tratada no seu pedido. Informamos que segundo resposta obtida da referida Unidade, não foi encontrada nenhuma resolução conjunta da Secretaria de Governo e da Procuradoria Geral do Estado mencionada no artigo 6º do Decreto 64.367/2019. Pesquisado também na página da Procuradoria Geral do Estado, não consta, também, a referida resolução”.

Quadro 13 - Resolução SS-107/2019	
Assunto	Dispõe sobre a proibição de retenção de valores, dos repasses financeiros destinados a convênios e contratos de gestão celebrados no âmbito da Secretaria de Estado da Saúde, a título de taxas de administração ou equivalentes, e estabelece parâmetros que possibilitem às organizações sociais da área da saúde contratadas e às entidades conveniadas o ressarcimento de despesas realizadas mediante rateio.
Áreas	Saúde.
Conteúdo	<p>Veda a retenção de valores, a título de taxas de administração ou assemelhadas, dos repasses financeiros devidos às organizações sociais em função da execução de contratos de gestão, inclusive os repasses efetuados em convênios celebrados com as demais pessoas jurídicas de direito público ou privado.</p> <p>Admite despesas efetuadas que sejam passíveis de ressarcimento por rateio, desde que atendidos os critérios de rastreabilidade, clareza, proporcionalidade e economia, bem como a indispensabilidade da despesa para o alcance da parceria. Veda o rateio para as despesas que enumera.</p> <p>As despesas que não estiverem em conformidade deverão ser restituídas, aplicados juros de 1% ao mês e correção</p>

	monetária pelo IGPM, a partir da data do evento, sem prejuízo das penalidades previstas no módulo convencional.
--	---

Outros atos normativos correlatos sem interesse ou pouca relevância para a pesquisa, embora devidamente analisados e alguns objeto de citação no decorrer do desenvolvimento da tese²⁰⁴:

Decreto nº. 43.493/1998 (dispõe sobre a qualificação das organizações sociais da área da cultura);

Decreto nº. 57.105/2011 (dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais na área de atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência);

Decreto nº. 64.998/2020 (dispõe sobre alteração de denominação de Secretaria de Estado);

Decreto nº. 66.018/2021 (organiza a Secretaria de Projetos e Ações Estratégicas);

Resolução SS - 36, de 23-3-2020 (aprova o teor da nova minuta de contrato de gestão para formalizar as parcerias com organizações sociais de saúde, visando o gerenciamento de unidades assistenciais de saúde e dá outras providências)²⁰⁵;

Instruções nº. 01/2020 (disciplina o procedimento de fiscalização de recursos públicos no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo);

²⁰⁴ Os atos infra legais do Estado de São Paulo referentes à saúde podem ser consultados no portal: www.saude.sp.gov.br/ses/legislacao/base-de-dados-de-legislacao-em-saude

²⁰⁵ Tendo em vista que o conteúdo da Resolução é a minuta padrão de contrato de gestão de saúde, ela será objeto da análise dos contratos de gestão no próximo item deste trabalho.

ANEXO C – ANÁLISE DOS CONTRATOS DE GESTÃO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Quadro 14 - Contrato nº 002/07.NTCSS/SMS	
Data	28/05/2007
Contratada	Casa de Saúde Santa Marcelina
Objeto	Operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde no Hospital Municipal Cidade Tiradentes.
Fundamento legal	Lei nº 8.080/90; Lei Municipal nº 14.132/2006; art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93.
Metas e indicadores de desempenho	Metas quantitativas: número de saídas e de exames
Obrigações financeiras	<p>Impõe ao Município a obrigação de prover a organização social dos meios necessários à execução do objeto do contrato, e de programar no orçamento os recursos necessários para custear a execução do contrato. Permitir o uso de bens móveis e imóveis. Autorização para aplicação dos recursos no mercado financeiro e possibilidade de auferir receita por meio de serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde, recebimento de doações e empréstimos com organismos nacionais ou internacionais.</p> <p>Sistema de financiamento com previsão de transferências de valores fixos e valores variáveis, esses últimos indexados a partir do atingimento do patamar mínimo de metas.</p>
Sanções	Aplicação da Lei nº 8.666/93 (artigos 81, 86, 87 e 88).
Efeitos futuros/passivo	Não há previsão. Somente custeio das rescisões dos contratos de trabalho caso o contrato não seja extinto em decorrência de má-gestão, dolo ou culpa da organização social.
Responsabilidade civil e patrimonial	Responsabilidade da organização social pelos danos que seus agentes causarem por ação ou omissão voluntário, negligência, imprudência ou imperícia, inclusive por falhas na execução dos serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.
Matriz de riscos	Não há.
Controle e fiscalização	Comissão de Avaliação procederá à avaliação semestral do desenvolvimento das atividades e resultados obtidos. O contrato também prevê que a execução será

	acompanhada pela Comissão Técnica de Acompanhamento e pelo Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde.
Prazo de vigência	03 anos.
Outras anotações	Esse contrato previa obrigação à organização social de coletar dados dos pacientes atendidos associados ou beneficiários de planos de assistência de saúde privados, e de transmiti-los à Secretaria Municipal de Saúde.

Quadro 15 - Contrato nº 001/2014

Data	01/09/2014
Contratada	Associação Saúde da Família
Objeto	Gerenciamento e execução das ações e serviços de saúde em Unidades da Saúde da Rede Assistencial da Supervisão Técnica de Saúde de Parelheiros.
Fundamento legal	Lei nº 8.080/90; Lei Municipal nº 14.132/2006; Decreto Municipal nº 52.858/2011; art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93.
Metas e indicadores de desempenho	Metas quantitativas: número de consultas, visitas, atendimentos, procedimentos e equipe mínima. Período de transição para avaliação das metas de 90 dias.
Obrigações financeiras	Impõe ao Município a obrigação de prover a organização social dos meios necessários à execução do objeto do contrato, e de programar no orçamento os recursos necessários para custear a execução do contrato. Prevê também a obrigação ao Município de ressarcir a organização social as despesas e encargos financeiros decorrentes de eventual atraso nos repasses, e de permitir o uso de bens móveis e imóveis. Autorização para aplicação dos recursos na caderneta de poupança ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública em caso de utilização menor que um mês. Sistema de financiamento com previsão de transferências de valores fixos e valores variáveis, esses últimos indexados a partir do atingimento do patamar mínimo de metas quantitativas e qualitativas e da manutenção de equipe mínima.
Sanções	Aplicação da Lei nº 8.666/93 (artigos 81, 86, 87 e 88).

Efeitos futuros/passivo	Não há previsão. Somente custeio da desmobilização, inclusive o custo das rescisões dos contratos de trabalho caso o contrato não seja extinto em decorrência de má-gestão, dolo ou culpa da organização social.
Responsabilidade civil e patrimonial	Responsabilidade da organização social pelos danos que seus agentes causarem por ação ou omissão voluntário, negligência, imprudência ou imperícia, inclusive por falhas na execução dos serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.
Matriz de riscos	Não há.
Controle e fiscalização	Acompanhamento e avaliação atribuídos conjuntamente aos seguintes órgãos: Coordenadoria Regional de Saúde, Supervisão Técnica de Saúde, Autarquia Hospitalar Municipal, Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde, Conselho de Administração da organização social, Comissão Técnica de Acompanhamento, e Comissão de Acompanhamento e Fiscalização.
Prazo de vigência	05 anos.
Outras anotações	Previsão de revisão anual das metas e do plano de trabalho. Submete a organização social a processo gradativo (sem especificar) de padronização de política salarial do Município ²⁰⁶ .

Quadro 16 - Contrato nº R025/2021-SMS.G/CPCS

Data	20/09/2021
Contratada	Sociedade Beneficente Caminho de Damasco
Objeto	Gerenciamento e execução de ações e serviços de saúde em Unidades de Saúde da Rede Assistencial da Supervisão Técnica de Saúde Santana/Tucuruvi/Jaçanã/Tremembé.

²⁰⁶ Tendo em vista a previsão a respeito da aplicação de política salarial, consultei a Secretaria de Saúde via pedido de acesso à informação (protocolo: 61775) sobre como está estabelecido o processo de padronização de política salarial relativo aos contratos de gestão, em ato normativo, legal ou infra legal. Em resposta, a Coordenadoria de Parcerias e Contratação de Serviços de Saúde da Secretaria Municipal da Saúde de São Paulo esclareceu que “não estão elencadas dentre as competências desta Coordenadoria a realização de pesquisa ou estudo acerca da adequação dos salários adotados pelas Organizações Sociais de Saúde em relação aos valores praticados no mercado (art. 93, Decreto 59.685/2020 de São Paulo/SP). Igualmente, não é de conhecimento desta Coordenadoria a existência de ato normativo, legal ou infra legal acerca do tema (padronização de política salarial relativo aos contratos de gestão). Todavia, insta informar que para determinar a remuneração dos profissionais as OSS, assim como outras empresas e instituições, devem utilizar-se dos parâmetros de piso salarial determinados pelos Conselhos e/ou Sindicatos das categorias profissionais, bem como da média salarial da região praticada pelo mercado”.

Fundamento legal	Lei nº 8.080/90; Lei Municipal nº 14.132/2006; Decreto Municipal nº 52.858/2011; Lei nº 8.666/93.
Metas e indicadores de desempenho	Metas quantitativas: número de consultas, visitas, atendimentos, procedimentos e equipe mínima. Período de transição para avaliação das metas de 60 dias.
Obrigações financeiras	Impõe ao Município a obrigação de prover a organização social dos meios necessários à execução do objeto do contrato, e de programar no orçamento os recursos necessários para custear a execução do contrato. Prevê também a obrigação ao Município de ressarcir a organização social as despesas e encargos financeiros decorrentes de eventual atraso nos repasses, e de permitir o uso de bens móveis e imóveis, bem como cessão de servidores públicos. Autorização para aplicação dos recursos na caderneta de poupança ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública em caso de utilização menor que um mês. Sistema de financiamento com previsão de transferências de valores fixos e valores variáveis, esses últimos indexados a partir do atingimento do patamar mínimo de metas quantitativas e qualitativas e da manutenção de equipe mínima.
Sanções	Aplicação da Lei nº 8.666/93 (artigos 81, 86, 87 e 88).
Efeitos futuros/passivo	Não há previsão. Somente custeio da desmobilização, inclusive o custo das rescisões dos contratos de trabalho caso o contrato não seja extinto em decorrência de má-gestão, dolo ou culpa da organização social.
Responsabilidade civil e patrimonial	Responsabilidade da organização social pelos danos que seus agentes causarem por ação ou omissão voluntário, negligência, imprudência ou imperícia, inclusive por falhas na execução dos serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.
Matriz de riscos	Não há.
Controle e fiscalização	Acompanhamento e avaliação atribuídos conjuntamente aos seguintes órgãos: Coordenadoria Regional de Saúde, Supervisão Técnica de Saúde, Autarquia Hospitalar Municipal, Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde, Conselho de Administração da organização social, Comissão Técnica de Acompanhamento, e Comissão de Acompanhamento e Fiscalização.
Prazo de vigência	05 anos.

Outras anotações	Submete a organização social a processo gradativo (sem especificar) de padronização de política salarial do Município. Previsão de revisão anual das metas e do plano de trabalho.
------------------	--

ANEXO D – ANÁLISE DOS CONTRATOS DE GESTÃO DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Quadro 17 - Contrato 001/0001/002.775/97	
Data	30/07/1998
Contratada	Associação Congregação de Santa Catarina
Objeto	Operacionalização da gestão e execução de atividades e serviços de saúde no Hospital Geral de Pedreira.
Fundamento legal	Lei Complementar nº 846/98; art. 26 da Lei nº 8.666/93.
Metas e indicadores de desempenho	Não há previsão.
Obrigações financeiras	<p>A contratante se obriga a adotar todas as providências necessárias para viabilizar a execução do contrato, com transferências de recursos orçamentários e permissão de uso de bens móveis e imóveis. Também há previsão de repasses de recursos destinados à capacitação e reorganização gerencial, ao aperfeiçoamento e à expansão da capacidade operacional da organização social. Autorização para obtenção de receitas por doações, rendimentos das aplicações dos ativos financeiros e empréstimos com organismos nacionais e internacionais.</p> <p>Previsão de sistema de financiamento com transferências de valores fixos e valores variáveis, esses últimos indexados a partir do atingimento do patamar mínimo de metas.</p>
Sanções	Não há previsão.
Efeitos futuros/passivo	Não há previsão. Somente custeio das rescisões dos contratos de trabalho caso o contrato não seja extinto em decorrência de má-gestão, dolo ou culpa da organização social.
Responsabilidade civil e patrimonial	Responsabilidade da organização social pelos danos que seus agentes causarem por ação ou omissão voluntário, negligência, imprudência ou imperícia, inclusive por falhas na execução dos serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.
Matriz de riscos	Não há.
Controle e fiscalização	Comissão de Avaliação. Verificação restrita aos resultados obtidos, por meio dos indicadores de desempenho estabelecidos, em confronto com as metas pactuadas e com a economicidade das atividades.
Prazo de vigência	5 anos

Outras anotações	O contrato prevê conjugação com convênio a ser celebrado com a organização social, que regulamentará a operacionalização da execução, nos moldes do SUS. As previsões relativas ao sistema de pagamento também adotam a mesma sistemática do convênio SUS, mediante faturamento no Sistema de Autorização de Internação Hospitalar – AIH e no Sistema de Informação Ambulatorial – IA.
------------------	--

Quadro 18 - Contrato 001.0001.000.456/2006	
Data	28/12/2006
Contratada	Associação Congregação de Santa Catarina
Objeto	Operacionalização da gestão e execução de atividades e serviços de saúde no Hospital Geral de Pedreira.
Fundamento legal	Lei Complementar nº 846/98; art. 26 da Lei nº 8.666/93; Lei nº 8.080/90; Lei nº 8.142/90.
Metas e indicadores de desempenho	Metas quantitativas: número de saídas, número de atendimentos, número de exames. Quatro indicadores de qualidade: melhoria contínua em obstetrícia, controle de infecção hospitalar, mortalidade operatória, mortalidade por infarto agudo do miocárdio.
Obrigações financeiras	Cabe ao Estado prover os meios necessários à execução do contrato e programar no orçamento os recursos necessários ao custeio da execução do objeto contratual, com transferências de recursos orçamentários e permissão de uso de bens móveis e imóveis, além da cessão de servidores públicos. Também há previsão de repasses de recursos destinados à capacitação e reorganização gerencial, ao aperfeiçoamento e à expansão da capacidade operacional da organização social. Autorização para obtenção de receitas serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde, por doações, rendimentos das aplicações dos ativos financeiros e empréstimos com organismos nacionais e internacionais.
Sanções	Aplicação da Lei nº 8.666/93 (artigos 81, 86, 87 e 88).
Efeitos futuros/passivo	Não há previsão. Somente custeio das rescisões dos contratos de trabalho caso o contrato não seja extinto em decorrência de má-gestão, dolo ou culpa da organização social.

Responsabilidade civil e patrimonial	Responsabilidade da organização social pelos danos que seus agentes causarem por ação ou omissão voluntário, negligência, imprudência ou imperícia, inclusive por falhas na execução dos serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.
Matriz de riscos	Não há.
Controle e fiscalização	Comissão de Avaliação. Verificação restrita aos resultados obtidos, por meio dos indicadores de desempenho estabelecidos, em confronto com as metas pactuadas e com a economicidade das atividades.
Prazo de vigência	5 anos
Outras anotações	

**Quadro 19 - Contrato SPDOC
382696/2020**

Data	29/06/2020
Contratada	Centro de Estudos e Pesquisa Dr. João Amorim.
Objeto	Operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde no Hospital Estadual Dr. Albano da Franca Rocha Sobrinho e Centro de Atenção Integrada à Saúde Mental (CAISM).
Fundamento legal	Lei Complementar nº 846/98; artigos 196 e ss. e 218 e ss. da Constituição do Estado de São Paulo. Lei nº 8.080/90; Lei nº 8.142/90.
Metas e indicadores de desempenho	Metas quantitativas: número de saídas, cirurgias, ambulatorio. Indicadores de qualidade: qualidade de informação; programa de humanização; módulo de regulação CROSS; atividade cirúrgica; monitoramento de atividades selecionadas; percentual de reinternação (CAISM); tempo médio de permanência (CAISM); protocolos assistenciais de saúde mental.
Obrigações financeiras	Cabe ao Estado prover os meios necessários à execução do contrato e programar no orçamento os recursos necessários ao custeio da execução do objeto contratual, com transferências de recursos orçamentários e permissão de uso de bens móveis e imóveis, além da cessão de servidores públicos. Também há previsão de repasses de recursos destinados à capacitação e reorganização gerencial, ao aperfeiçoamento e à expansão da capacidade operacional da organização social. Autorização para obtenção de receitas serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à

	saúde, por doações, rendimentos das aplicações dos ativos financeiros e empréstimos com organismos nacionais e internacionais.
Sanções	Aplicação da Lei nº 8.666/93 (artigos 81, 86, 87 e 88).
Efeitos futuros/passivo	Não há previsão. Somente custeio das rescisões dos contratos de trabalho caso o contrato não seja extinto em decorrência de má-gestão, dolo ou culpa da organização social.
Responsabilidade civil e patrimonial	Responsabilidade da organização social pelos danos que seus agentes causarem por ação ou omissão voluntário, negligência, imprudência ou imperícia, inclusive por falhas na execução dos serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.
Matriz de riscos	Não há.
Controle e fiscalização	Comissão de Avaliação. Verificação restrita aos resultados obtidos, por meio dos indicadores de desempenho estabelecidos, em confronto com as metas pactuadas e com a economicidade das atividades.
Prazo de vigência	5 anos.
Outras anotações	Proibição à organização social de contratar empresa suspensa ou impedida de licitar/contratar, bem como declaradas inidôneas ou inscritas no CADIN estadual.

ANEXO E – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Quadro 20 - Processo TC 3.236/2009	
Decisão	Irregularidade da execução.
Assunto	Execução do contrato de gestão 8/2008-NTCSS-SMS-G, celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde e pela Irmandade Santa Casa de Misericórdia de São Paulo.
Data do julgamento	05/02/2014.
Relator	Maurício Faria.
Principais conclusões	<p>Não constituição da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização (CAF). Ocorrência de atrasos nos repasses da SMS contribuem para um desequilíbrio na movimentação financeira da contratada, que necessita então financiar seus gastos com recursos alheios ao contrato de gestão. Ausência de conta corrente segregada, exclusiva e específica. A análise da produtividade realizada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle revelou que somente são previstos indicadores de acompanhamento do Programa Saúde da Família, deixando assim de contemplar toda a produção ambulatorial das Unidades Básicas de Saúde bem como a produção hospitalar do Hospital São Luiz Gonzaga. Não há relatório que monitore a qualidade dos serviços prestados no Hospital São Luiz Gonzaga, o que seria fundamental, pois este responde por, aproximadamente, 74% dos recursos empenhados pela SMS para o contrato de gestão. A SFC constatou que o quadro de indicadores utilizados para a mensuração da realização e liberação da parcela variável do contrato de gestão não possui meta associada, considerando que há um equívoco em traçar um paralelo entre os indicadores qualitativos e o conjunto de obrigações intrínsecas da regular prestação de serviços de saúde. Diante desse equívoco, não se pode afirmar a existência de indicadores concretos de avaliação da qualidade dos serviços. Não há inclusive, nenhum indicador de produtividade, o que também não permite a avaliação de desempenho da instituição contratada, da mesma forma inviabilizando a avaliação por parte do controle externo e do controle social.</p>

Quadro 21 - Processo TC 1.870/2009	
Decisão	Julgou irregular o contrato de gestão e aplicou multa ao responsável.
Assunto	Contrato de gestão 009/08-NTCSS-SMS.G e termos aditivos 01, 02 e 03/08, celebrados entre a Secretaria Municipal da Saúde e o Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo – SECONCI.
Data do julgamento	03/04/2014.
Relator	Carlos Macruz Filho
Principais conclusões	Os indicadores e metas enunciados para o contrato de gestão em exame são embasados em parâmetros genéricos, precários e, em determinadas hipóteses, chegam a ser inexistentes, o que impede a adequada avaliação da contratada. Acompanhamento e fiscalização precários, descontrole no cronograma físico-financeiro, inexistência de discriminação dos recursos destinados aos repasses, inexistência de conta corrente específica.

Quadro 22 - Processo TC 2.109/2009	
Decisão	Julgou irregular o contrato de gestão e aplicou multa ao responsável.
Assunto	Contrato de gestão 08/2008-NTCSS-SMS-G celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde – SMS e a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo.
Data do julgamento	09/04/2014.
Relator	Maurício Faria.
Principais conclusões	Não houve adequado planejamento, fixação e controle de metas consistentes, a fiscalização foi omissa, a capacidade operacional da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo foi insuficiente frente ao objeto contratual e os resultados obtidos ficaram aquém daqueles precariamente previstos, com a qualidade e a efetividade dos serviços não restando garantidas à sociedade, tampouco as vantagens quanto a seu custo/benefício.

Quadro 23 - Processo TC 1.811/2009	
Decisão	Irregularidade da execução.
Assunto	Execução do contrato de gestão 006/2008-NTCSS-SMS.G, celebrado entre a Secretaria Municipal da

	Saúde e a Associação Paulista para Desenvolvimento da Medicina – SPDM.
Data do julgamento	15/08/2018.
Relator	Maurício Faria.
Principais conclusões	Não houve planejamento, fixação e controle de metas, a fiscalização foi omissa, os resultados obtidos ficaram aquém daqueles precariamente previstos, bem como não foram verificadas as vantagens quanto à demonstração de seu custo/benefício, tal como previsto no modelo legal que disciplina e sustenta as atividades desenvolvidas pelas organizações sociais.

Quadro 24 - Processo TC 3.305/2009

Decisão	Irregularidade da execução com aplicação de multa.
Assunto	Execução do contrato de gestão 17/2009-NTCSS-SMSG, celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde e a Fundação Instituto de Pesquisa e Estudo de Diagnóstico por Imagem - FIDI.
Data do julgamento	29/08/2018.
Relator	Eduardo Tuma.
Principais conclusões	Falta de planejamento. Ausência de controle mensal de gastos, ocasionando excedente ou déficit no repasse. Descontrole das transferências financeiras. Deficiências vinculadas à ausência de efetiva avaliação.

Quadro 25 - Processo TC 31/2010

Decisão	Irregularidade da execução com aplicação de multa.
Assunto	Execução do contrato de gestão 18/2009-NTCSS-SMSG, celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde e a Fundação Instituto de Pesquisa e Estudo de Diagnóstico por Imagem - FIDI.
Data do julgamento	29/08/2018.
Relator	Eduardo Tuma.
Principais conclusões	Falta de planejamento. Ausência de controle mensal de gastos, ocasionando excedente ou déficit no repasse. Descontrole das transferências financeiras. Deficiências vinculadas à ausência de efetiva avaliação. Determinações: 1. Faça cumprir as funções da Comissão Técnica de Avaliação e da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização, estabelecidas na Lei Municipal 14.132/06 e no respectivo contrato; 2. Efetue

	<p>os repasses financeiros tempestivamente, conforme previsto no cronograma do contrato e no Plano Orçamentário, e aprimore o controle interno referente à fiscalização da gestão financeira do ajuste; 3. Especifique todos os indicadores e as respectivas metas do Plano Municipal de Saúde, de modo a evidenciá-los como referenciais das atividades, dando transparência ao seu cumprimento no contrato de gestão; 4. Exija, da entidade parceira, a disponibilização de vagas no Sistema de Regulação; 5. Promova coleta de dados visando um diagnóstico situacional de cada unidade de saúde abrangida, para avaliar a atual estrutura adotada para a realização de exames de diagnóstico por imagem; 6. Disponibilize, no Portal da Prefeitura do Município de São Paulo na internet, as metas e os indicadores de desempenho pactuados no Contrato de Gestão em análise, devidamente atualizados, conforme determina o artigo 16, parágrafo único, do Decreto Municipal nº. 49.523/08; 7. Disponibilize, no Portal da Prefeitura do Município de São Paulo na internet, os relatórios conclusivos da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização, em cumprimento ao disposto no artigo 41, § 6º, do mesmo decreto, para o contrato de gestão em exame; 8. Disponibilize, no portal da Prefeitura do Município de São Paulo, o nome e a qualificação dos integrantes da Diretoria, do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal de cada uma das organizações sociais do contrato em julgamento, em cumprimento ao disposto no artigo 6º, §2º, da Lei Municipal nº. 14.132/06.</p>
--	--

Quadro 26 - Processo TC 72/2008

Decisão	Julgou irregular o contrato de gestão e aplicou multa aos responsáveis.
Assunto	Contrato de gestão 03/2007–NTCSS–SMS, celebrado com o Centro de Estudos e Pesquisa Dr. João Amorim – CEJAM.
Data do julgamento	27/02/2019.
Relator	Edson Simões.
Principais conclusões	Não foram descritas de forma clara e abrangente as cláusulas contratuais, consignando, em programa de trabalho, as metas a serem alcançadas, com estimativas

	de quantidades de exames e consultas médicas e de respectivos prazos; b. Não foi elaborado pela Pasta da Saúde, conforme lhe competia, o Regulamento de Compras, Convênios e Contratações de Obras e de Serviços; c. Em decorrência das citadas omissões não foram realizadas “in loco” fiscalizações e a elaboração de tabelas representativas das despesas realizadas por categoria, patenteada a insuficiência do número de servidores, revelando-se, em consequência, extremamente frágil o exercício do controle interno do poder público municipal, frente à fiscalização do cumprimento das metas e da fiscalização financeira do contrato; d. Não foi constituída a comissão de acompanhamento e fiscalização do contrato.
--	--

Quadro 27 - Processo TC 1.007/2008

Decisão	Julgou irregular o contrato de gestão.
Assunto	Contrato de gestão 004/2008- NTCSS/SMS.G, firmado entre a Secretaria Municipal da Saúde e o Centro de Estudos e Pesquisas "Doutor João Amorim" - CEJAM, com a interveniência da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein.
Data do julgamento	24/07/2019.
Relator	Domingos Dissei.
Principais conclusões	Falta de clareza nos critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza, a ser percebida pelos dirigentes e empregados da organização social; falta de definição e qualidade das metas operacionais, indicativas de melhoria da eficiência e qualidade do serviço; bem como de indicadores para avaliação de desempenho e de qualidade na prestação dos serviços.

Quadro 28 - Processo TC 1.191/2007

Decisão	Acolhimento excepcional do contrato e termos aditivos ²⁰⁷ .
Assunto	Contrato de gestão 001/2007, firmado entre a Secretaria Municipal de Saúde e a Casa de Saúde Santa Marcelina.

²⁰⁷ Embora o recorte na pesquisa dos julgados seja julgamentos de irregularidade, selecionei excepcionalmente esse julgado que não obedece a esse critério em razão das interessantes questões levantadas na discussão.

	Primeiro contrato de gestão celebrado no Município de São Paulo.
Data do julgamento	07/08/2019.
Relator	Domingos Dissei.
Principais conclusões	<p>A fiscalização apontou falta de justificativas técnicas suficientes para demonstrar a necessidade de novas ações; ausência de metas claras de desempenho e dos indicadores de produtividade e qualidade; não estipulação específica de valores máximos de remuneração de dirigentes e empregados; Aditivos sem justificção; falta de recursos previamente empenhados para cobrir as despesas do exercício financeiro.</p> <p>Tendo em vista a natureza das falhas e “as dificuldades enfrentadas na formalização de tais ajustes diante de um regime jurídico-administrativo rígido, de restrições e controles, que, dificulta ou impede as possibilidades de quaisquer flexibilizações nas formas de atuação da Administração Pública quando o objetivo é firmar parcerias com entidades do setor privado, sem fins lucrativos, voltadas, estatutariamente, para o desempenho de atividades de interesses sociais relevantes”, o voto vencedor relevou as irregularidades.</p>

Quadro 29 - Processo TC 2.655/2008

Decisão	Julgou irregular o contrato de gestão e aplicou multa ao responsável.
Assunto	Contrato de gestão 05/2008-NTCSS-SMS-G, celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde e a Associação Congregação de Santa Catarina.
Data do julgamento	11/10/2019.
Relator	Maurício Faria.
Principais conclusões	<p>O contrato de gestão parece apresentar orientações genéricas, indicativos tímidos e superficiais, que fatalmente não permitirão o efetivo controle de resultado propalado na defesa do trespasse de serviços eminentemente estatais ao setor privado. De outra parte, a análise dos anexos técnicos demonstra que referido diagnóstico prévio não foi realizado pela Secretaria Municipal da Saúde, uma vez que a atribuição quanto aos diagnósticos de situação surge como tarefa da própria OS, o que faz concluir que o contrato foi celebrado sem que a Secretaria traduzisse a realidade</p>

	<p>concreta e específica existente para, a partir desta apreensão da realidade local, fixar ela própria, SMS (Secretaria Municipal da Saúde), as metas a serem alcançadas pela parceira, inclusive quanto aos meios adequados para tanto. Portanto, competia à organização social a elaboração da própria base da política pública de saúde, o que configura uma abdicação, constitucionalmente inadmissível, de competência intransferível do poder público.</p> <p>Partindo dessa premissa, o caso em tela envolve determinadas indagações: Houve planejamento de política pública de saúde para a ação administrativa, a partir de um diagnóstico da situação preexistente, de forma a estruturar o estabelecimento das metas almejadas? Considerando que nesse modelo prioriza-se a noção de administrar por resultados, flexibilizando determinados procedimentos para compra de bens e contratação de serviços, é possível identificar no contrato em julgamento as medidas necessárias para uma fiscalização efetiva e eficaz quanto a esses resultados? Se, ao fim e ao cabo, o que se pretende é assegurar a qualidade e efetividade dos serviços, a capacidade operacional da OS não precisa ser concretamente dimensionada a partir do específico objeto, evitando que a qualificação prévia da Organização Social represente uma mera formalidade desprendida do dimensionamento dos serviços e do alcance dos resultados pretendidos? As respostas a essas indagações revelam a realidade que surge dos presentes autos</p>
--	--

Quadro 30 - Processo TC 1.075/2008

Decisão	Não acolhimento da execução.
Assunto	Execução do contrato de gestão 001/2007, firmado entre a Secretaria Municipal de Saúde e a Casa de Saúde Santa Marcelina. Primeiro contrato de gestão celebrado no Município de São Paulo.
Data do julgamento	04/12/2019.
Relator	Domingos Dissei.
Principais conclusões	Utilização de mais de uma conta bancária. Não constituição da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização da execução do contrato de gestão.

Quadro 31 - Processo TC 000030/2010	
Decisão	Irregular. Efeitos financeiros aceitos.
Assunto	Execução do contrato de gestão 001/2007, firmado entre a Secretaria Municipal de Saúde e a Casa de Saúde Santa Marcelina. Primeiro contrato de gestão celebrado no Município de São Paulo.
Data do julgamento	29/08/2018.
Relator	Eduardo Tuma.
Principais conclusões	Planejamento, ordenação, coordenação e provisão dos serviços de diagnóstico por imagem. Falta de planejamento. Ausência de controle mensal de gastos, ocasionando excedente ou déficit no repasse. Descontrole das transferências financeiras. Deficiências vinculadas à ausência de efetiva avaliação. Falhas graves de controle interno.

ANEXO F – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Quadro 32 - Processo TC-005171/026/12	
Decisão	Irregularidade do contrato de gestão e aplicação de multa.
Assunto	Contrato de gestão celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM ²⁰⁸ .
Data do julgamento	17/09/2014.
Relator	Dimas Ramalho.
Principais conclusões	A Resolução SS 109/2011 não traz elementos técnicos concretos e específicos de cada hospital entregue à gestão de organizações sociais, favorecendo a permanência <i>ad eternum</i> das entidades detentoras de contratos prévios. A ausência de publicidade ostensiva no ato convocatório das informações relevantes de cada hospital, suficientes à construção das propostas, favorece a organização social que já esteja operando na unidade hospitalar, detentora dos dados que facilitam a apresentação de proposta mais fidedigna. Assim é que a oferta apresentada pela organização social sequer contém comparativos entre os valores propostos para o novo contrato em relação ao anteriormente vigente, não se permitindo, à luz da transparência almejada, verificar-se a “vantagem” aduzida. A Resolução SS 109/2011, mesmo que se creia ter sido “balizada em estudos técnicos da própria Secretaria”, está em desconformidade com o art. 7º, I e II, da Lei nº. 9.637/98

Quadro 33 - Processo TC-012716/026/05	
Decisão	Irregularidade da dispensa de licitação, do contrato de gestão, os termos aditivos e de retratificação, bem como ilegais as despesas deles decorrentes.
Assunto	Contrato de gestão nº. 01/05 celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Associação Congregação Santa Catarina, e termos aditivos e de retratificação, bem como execução do contrato.

²⁰⁸ A decisão não menciona o número do contrato.

Data do julgamento	30/09/2014.
Relator	Dimas Ramalho.
Principais conclusões	<p>A pendência de estudo de compatibilidade dos valores apresentados pela organização social contratada, frente aos custos de mercado, não foi devidamente esclarecida, permanecendo a obscuridade quanto aos valores contratados. Sucessivos termos aditivos modificativos de valores repassados e metas contratadas, sem respaldo em elementos técnicos substanciais que justifiquem as alterações frente às necessidades dos serviços prestados. É patente a ausência de elementos quantitativos e qualitativos fornecidos pela Origem, segregados, no mínimo, por especialidades médicas/consultas, atendimentos assistenciais, exames laboratoriais, atividades recreativas e educacionais, a fim de estimar os custos, possibilitar a elaboração consistente de plano operacional pelos interessados e avaliar, objetivamente, os valores apresentados pelas proponentes, assim como diante do mercado específico. Em comum a todas as prestações de contas analisadas sobressaem (i) a fragilidade dos mecanismos de controle e fiscalização da Origem, frente às despesas e ao patrimônio consolidado, e a (ii) falta de cuidado com a formalização e publicidade dos atos de gestão, como um todo.</p> <p>Os contratos de gestão devem ser precedidos de estudos que assegurem a capacidade plena de a entidade desenvolver com melhores recursos técnicos – humanos e tecnológicos – a atividade incumbida por lei ou pela Constituição ao ente público, trazendo ganho qualitativo com os mesmos ou menores recursos que porventura seriam despendidos diretamente, com maior rigor a demonstração de aplicação deste numerário repassado. A orientação, em verdade, é muito anterior ao regramento das organizações sociais e respectivos contratos de gestão. O parágrafo único do artigo 16 da Lei Federal nº. 4.320/1964, desde então, estabeleceu como condição para os repasses públicos, para além da subvenção <i>stricto sensu</i>, a demonstração da vantagem econômica para o Estado, mensurada em unidades de valor que permitam avaliar a eficiência em padrões mínimos previamente estabelecidos.</p>

Quadro 34 - Processo TC-021425/026/07	
Decisão	Irregularidade da dispensa de licitação, do contrato de gestão e dos termos aditivos.
Assunto	Contrato de gestão celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Associação Beneficente Casa de Saúde Santa Marcelina ²⁰⁹ .
Data do julgamento	11/11/2014.
Relator	Dimas Ramalho.
Principais conclusões	As razões de fato alegadas pela Origem, como justificativa para a não realização do chamamento público exigido pelo art. 6º, § 3º, da Lei Complementar nº. 846/98, são insuficientes para que se afaste a extensa lista de infringências a princípios constitucionais, a começar pelos efeitos decorrentes da publicidade, e a terminar pela inexistência absoluta de parâmetros intrínsecos ou extrínsecos ao procedimento constante dos autos, a fim de evidenciar as vantagens do Contrato – ou mesmo a adequação frente ao mercado – dos valores pactuados. Não há nos autos elementos que indiquem estudos de demanda exorbitante, projeção da capacidade de atendimento da instalação, comparativo de custos, referências de hospitais/ambulatórios próximos, enfim, nenhum dado objetivo e fundamentado acerca da escolha da administração, tampouco de que seria a organização social em questão a única capaz de atender às necessidades na região.

Quadro 35 - Processo TC-014757/026/09	
Decisão	Irregularidade do contrato de gestão e do termo aditivo.
Assunto	Contrato de gestão e termo aditivo celebrados entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Irmandade da Santa Casa de Andradina ²¹⁰ .
Data do julgamento	24/03/2015.
Relator	Dimas Ramalho.
Principais conclusões	A discrepância entre o número/mês estimado de consultas (13.061), o ideal, de acordo com os parâmetros elegidos, em especial a Portaria MS 1001/2002 (7.695 a 11.553/mês), e o efetivamente

²⁰⁹ A decisão não menciona o número do contrato.

²¹⁰ A decisão não menciona o número do contrato.

	<p>contratado (2.100/mês) torna obscuros os critérios da Secretaria da Saúde e coloca em questão a eficácia e efetividade do ajuste.</p> <p>Não há controle/previsão do número de médicos a serem contratados pela organização social, a fim de atender à demanda esperada. Quando questionada a este respeito, a Origem apenas informou que, “para atendimento das 13.061 consultas mensais serão contratados profissionais médicos num total de 23.712 horas/mês”.</p> <p>É essencial o detalhamento de cada elemento de despesa, com correspondência ao número de unidades e categorias. De fato, é patente a ausência de dados quantitativos e qualitativos fornecidos pela Origem, segregados, no mínimo, por especialidades médicas/consultas, atendimentos assistenciais, exames laboratoriais, atividades de reabilitação etc., a fim de estimar os custos, possibilitar a elaboração e reavaliação consistente do plano operacional, e analisar, objetivamente, os custos apresentados entre as proponentes, assim como diante do mercado específico.</p> <p>A medida em questão é fundamental para que a Origem possa fiscalizar as despesas e extrair, por comparação entre o previsto e o realizado, análises de efetividade e eficácia quanto aos resultados, especialmente quando considerados os itens de avaliação qualitativa.</p>
--	---

Quadro 36 - Processo TC-040431/026/13

Decisão	Irregularidade do contrato de gestão e do termo de retratificação.
Assunto	Contrato de gestão nº. 001.0500.000.047/2013 e termo de retratificação celebrados entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Fundação do ABC.
Data do julgamento	22/09/2015.
Relator	Dimas Ramalho.
Principais conclusões	A documentação juntada aos autos revela que a Fundação obteve vantagem sobre eventuais concorrentes por ter tido conhecimento antecipado das condições do Ambulatório de Praia Grande, face ao prazo exíguo de 07 dias para a apresentação das

	<p>propostas estabelecido na Resolução SS nº. 83, de 23/08/13.</p> <p>O planejamento feito de forma genérica não atende ao art. 8º, §2º da Lei Complementar nº. 846/98 e aos princípios básicos da administração pública. O programa de trabalho proposto pela organização social e a estipulação das metas a serem atingidas devem ser específicos, inclusive no tocante ao aspecto orçamentário, com estudo sobre custos fixos e variáveis dos itens que compõem essas metas. A falta de dados impossibilita a sua efetiva avaliação, dificultando o exercício do controle interno, externo ou qualquer fiscalização por parte da sociedade. Trata-se de matéria pacífica e amplamente debatida por este Tribunal.</p>
--	--

Quadro 37 - Processo TC-020890/026/10

Decisão	Irregularidade do contrato de gestão.
Assunto	Contrato de gestão nº. 001.0500.000.013/2010, celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Fundação do ABC.
Data do julgamento	27/10/2015.
Relator	Dimas Ramalho.
Principais conclusões	<p>Repudiou-se a exiguidade dos prazos estabelecidos nas Resoluções da Secretaria da saúde para que os interessados em celebrar os contratos de gestão se manifestassem e também para que apresentassem o plano de trabalho. Foi estabelecido o prazo de 03 dias úteis, a contar da publicação da norma para os interessados se manifestarem, e 05 dias úteis, contados de sua manifestação, para apresentação do plano operacional à Secretaria da Saúde.</p> <p>O plano de trabalho proposto pela organização social e a estipulação das metas a serem atingidas devem ser específicos, inclusive no tocante ao aspecto orçamentário, com estudo sobre custos fixos e variáveis dos itens que compõem essas metas (consulta médica por especialidades, consultas não médicas, cirurgias ambulatoriais, serviços de apoio diagnóstico e terapêutico, nos termos do Anexo Técnico I ao Contrato). A falta de dados impossibilita a sua efetiva avaliação, dificultando o exercício do controle interno,</p>

	externo ou qualquer fiscalização por parte da sociedade. Trata-se de matéria pacífica e amplamente debatida por este Tribunal.
--	--

Quadro 38 - Processo TC-025593/026/12

Decisão	Irregularidade do contrato de gestão e da prestação de contas.
Assunto	Contrato de gestão nº. 001.0500.000058/2012 celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e o Serviço Social da Construção Civil – SECONCI, e prestação de contas exercício de 2012.
Data do julgamento	08/12/2015.
Relator	Dimas Ramalho.
Principais conclusões	<p>A convocação pública para que as organizações sociais de saúde (OSS), já qualificadas nos termos da LCE nº. 846/1998, manifestassem seu interesse em celebrar contrato de gestão com a Secretaria de Estado de Saúde para gerenciar o Hospital Estadual “Henrique Altimeyer” de Vila Alpina, no prazo máximo de 07 dias úteis, a contar da publicação (DOE 01/06/2012), não é razoável para o ajuste em tela, especialmente pelo fato de não trazer, em seus anexos, as informações estatísticas, históricas e socioeconômicas sobre a unidade hospitalar.</p> <p>Não foram juntados aos autos demonstrativos e parecer técnico evidenciando que os repasses ao Seconci, mediante contrato de gestão, se dariam de forma mais econômica para prestação de serviços médico-hospitalares e ambulatoriais.</p> <p>O poder público não pode simplesmente delegar a prestação de serviços na área da saúde ao particular, cobrando somente aquilo que ele próprio teria condições de oferecer. Se assim o fizer, estará apenas se desincumbindo de obrigações típicas do Estado, e eventualmente se eximindo da admissão de pessoal por concurso público, da observância ao limite de gasto com pessoal e do pagamento de encargos sobre tais atividades, em prejuízo dos cofres da Fazenda Pública. Em se tratando de recursos públicos destinados à prestação de serviços de saúde, é certo que o cumprimento das metas está intimamente afetado pela</p>

	<p>demanda local. Contudo, é justamente o conhecimento da composição dos custos unitários e globais das atividades atinentes ao complexo hospitalar, atrelado à previsão de metas, que permite analisar as variações ocorridas no exercício e avaliar, sob a premissa da economicidade, se estão condizentes com os repasses efetuados.</p> <p>Sem contar com parâmetros mínimos de avaliação qualitativa e quantitativa da execução do contrato, é impossível afirmar que os recursos foram aplicados com economicidade, eficiência e eficácia.</p>
--	--

Quadro 39 - Processo TC-028248/026/14

Decisão	Irregularidade da dispensa de licitação, do contrato de gestão e da prestação de contas.
Assunto	Contrato de gestão n.º 001.0500.000.030/2014 celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Cruzada Bandeirante São Camilo, e prestação de contas exercício 2015.
Data do julgamento	29/05/2018.
Relator	Dimas Ramalho.
Principais conclusões	<p>A convocação pública não atendeu às premissas dos princípios capitulados no artigo 37 da Constituição Federal, notadamente ao princípio da publicidade, haja vista que a Secretaria de Estado da Saúde somente providenciou a sua publicação formal em diário oficial em prazo exíguo, ao invés de buscar ampla divulgação com o intuito de obter, de fato, a melhor proposta que atendesse ao interesse público, comprometendo, inclusive a observância ao princípio da impessoalidade, uma vez que aquela organização social gerenciava as atividades do Polo de Atenção Intensiva a Saúde Mental da Baixada Santista há 4 anos, sendo responsável também por gerir contratos firmados com particulares, que não desempenham atividades filantrópicas como, por exemplo, as atividades médicas contratadas com pessoas jurídicas.</p> <p>Não há qualquer elemento técnico e irrefutável acerca da composição dos custos fixos e variáveis, tendo a referida Secretaria se limitado a informar os valores</p>

	<p>totais de modo genérico, sem qualquer evidenciação e correspondência das contratações necessárias.</p> <p>É inconcebível a falta de transparência sobre os custos dos serviços prestados na área da saúde, especialmente quando estão sendo substancialmente realizados por terceiros, ainda que sem finalidade lucrativa, fato que revela inobservância aos preceitos das ações planejadas e transparentes, em consonância com os ditames do §1º, art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal.</p> <p>A falta de elaboração do termo de permissão de uso do bem imóvel, especialmente no caso em apreço, em que a execução do objeto vem sendo realizado pela mesma organização social desde 2010, denotando descumprimento do item 3, da cláusula terceira do contrato de gestão, combinado com o §3º, do art. 14 da Lei Complementar Estadual nº. 846/98.</p> <p>Recomendação às partes que se atentem ao Comunicado SDG no 16/2018 – Transparência na divulgação de atos de entidades do Terceiro Setor (DOE 19/04/2018), devendo a Secretaria de Saúde adotar providências “no sentido de que as entidades do terceiro setor (OS, OSCIPS, OSCS) destinatárias de recursos públicos cumpram os dispositivos legais relativos à transparência de seus atos consistentes na divulgação pela via eletrônica de todas as informações sobre suas atividades e resultados, dentre outros o estatuto social atualizado; termos de ajustes; planos de trabalho; relação nominal dos dirigentes, valores repassados; lista de prestadores de serviços (pessoas físicas e jurídicas) e os respectivos valores pagos; remuneração individualizada dos dirigentes e empregados com os respectivos nomes, cargos ou funções; balanços e demonstrações contábeis e os relatórios físico-financeiros de acompanhamentos, regulamento de compras e de contratação de pessoal”.</p>
--	---

Quadro 40 - Processo TC-042650/026/14

Decisão	Irregularidade do contrato de gestão e termo aditivo.
Assunto	Execução do contrato de gestão nº. 001.0500.000.046/2014 celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e o Serviço Social da Construção Civil

	do Estado de São Paulo – SECONCI, e o Termo de Retirratificação n°. 01/15.
Data do julgamento	11/06/2019.
Relator	Dimas Ramalho.
Principais conclusões	<p>A convocação pública para que as organizações sociais de saúde, já qualificadas manifestassem seu interesse em celebrar contrato de gestão com a Secretaria de Estado de saúde para gerenciar o Ambulatório Médico de Especialidades “Dr. Geraldo Paulo Bourrol” - Consolação, no prazo máximo de 07 dias úteis, a contar da publicação (DOE 13/09/2014), não é razoável para o ajuste em exame, especialmente pelo fato de não trazer, em seus anexos, as informações estatísticas, históricas e socioeconômicas sobre a unidade ambulatorial. Não há evidências nos autos de que os valores pactuados estão condizentes com os praticados no mercado, as justificativas apresentadas são genéricas, sem apresentação de comparativos e demais cálculos sobre os custos, de modo a ilustrar, com clareza, os elementos financeiros que subsidiaram a decisão da contratante em firmar o presente ajuste. A falta de demonstração dos custos unitários e globais das atividades inseridas no plano operacional inviabiliza a comparação dos seus dados com os praticados por entidades do mesmo setor e impede verificar a comprovação da economicidade alegada pelas partes. Embora o termo aditivo 01/15 tenha reduzido o valor global do ajuste em R\$ 2.250.954,00, ou seja, 9,62% do valor inicialmente previsto para o exercício de 2015, as metas quantitativas foram reduzidas em 33%. “Chamo a atenção desta Corte sobre a importância em se conhecer os custos dos serviços públicos na área da saúde, a fim de se evitar que se repitam no Terceiro Setor as recorrentes falhas que nos deparamos quando examinamos licitações, conhecidas como “jogos de planilhas””. Sem contar com parâmetros mínimos de avaliação qualitativa e quantitativa da execução do contrato de gestão, é impossível afirmar que os recursos foram aplicados com economicidade, eficiência e eficácia.</p>

Quadro 41 - Processo TC-026326/026/16	
Decisão	Regularidade com ressalvas da prestação de contas.
Assunto	Execução do contrato de gestão s/n celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e o Instituto de Responsabilidade Social Sírio Libanês, exercício 2015.
Data do julgamento	13/12/2019.
Relator	Renato Martins Costa.
Principais conclusões	<p>A questão destacada pela empresa de auditoria independente em parágrafo de ênfase de seu parecer, relacionada à dependência da OS de recursos provenientes do Estado, decorre da própria essência do contrato de gestão, não havendo que se aventar que tal dependência estaria por macular a parceria estabelecida. Trata-se de ambulatório público, cujo atendimento aos pacientes é gratuito, gerenciado por uma organização social e não por uma entidade particular exploradora de atividade econômica. No tocante à contratação de serviços médicos por meio de pessoas jurídicas, anoto que, neste caso em específico, não restou comprovada “quarteirização” de atividades, posto que apenas pequena parte dos recursos (aproximadamente 6% do total de despesas do exercício) foi destinada a pagamentos dessa natureza. Desse modo, não é possível afirmar que a organização social não foi capaz de executar, por seus meios e sem ter que depender de terceiros que não lhe sejam vinculados, a atividade-fim pactuada. Recomendação: à Origem que, após os devidos trâmites legais, proceda à formalização de termo de permissão de uso do imóvel em que a contratada realiza a gestão dos serviços de saúde; e às partes que se atenham ao planejamento estabelecido no contrato de gestão, respeitando os limites e critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da organização social.</p>

Quadro 42 - Processo TC-019272.989.18-7	
Decisão	Irregularidade do contrato de gestão.
Assunto	Contrato de gestão nº. 001.0500.000.013/2018 celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e o

	Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo - SECONCI.
Data do julgamento	09/06/2020.
Relator	Dimas Ramalho.
Principais conclusões	<p>A convocação pública não atendeu às premissas do princípio da publicidade, haja vista que a Secretaria de Estado da Saúde somente providenciou a sua publicação formal em diário oficial em curto lapso de tempo, ao invés de buscar ampla divulgação com o intuito de obter, de fato, a melhor proposta que atendesse ao interesse público, uma vez que não houve a devida publicação real da demanda da entidade gerenciada. Não foi apresentada a demonstração detalhada dos custos unitários e globais de cada procedimento, atividade ou projeto, satisfazendo as metas descritas no pertinente plano de trabalho ou instrumento congênere. Resta agravada a situação diante da falta de transparência no site da organização social e da entidade gerenciada, descumprindo as premissas da Lei Federal nº. 12.527/2011. As partes devem se atentar ao ‘Comunicado SDG no 16/2018 – Transparência na divulgação de atos de entidades do Terceiro Setor’ (DOE 19/04/2018), devendo a Secretaria de Saúde adotar providências “no sentido de que as entidades do terceiro setor (OS, OSCIPS, OSCS) destinatárias de recursos públicos cumpram os dispositivos legais relativos à transparência de seus atos consistentes na divulgação pela via eletrônica de todas as informações sobre suas atividades e resultados, dentre outros o estatuto social atualizado; termos de ajustes; planos de trabalho; relação nominal dos dirigentes, valores repassados; lista de prestadores de serviços (pessoas físicas e jurídicas) e os respectivos valores pagos; remuneração individualizada dos dirigentes e empregados com os respectivos nomes, cargos ou funções; balanços e demonstrações contábeis e os relatórios físico- financeiros de acompanhamentos, regulamento de compras e de contratação de pessoal”. Por fim, a ocorrência relativa à remuneração do cargo de gerente médico ambulatorial ter sido fixada acima do subsídio do Governador pode ser afastada neste caso, diante das pesquisas juntadas aos autos para comprovar sua compatibilidade com os valores praticados por</p>

	outras entidades congêneres e considerando que o Decreto Estadual nº. 62.528/2017 foi revogado pelo Decreto nº. 64.056/2018.
--	--

Quadro 43 - Processo TC-017618.989.19-8

Decisão	Regularidade do contrato de gestão com determinação.
Assunto	Contrato de gestão nº. 727313/2019 celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Associação da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Pacaembu e o termo de retratificação nº. 01/2020.
Data do julgamento	18/08/2020.
Relator	Dimas Ramalho.
Principais conclusões	Determinação à Secretaria que, nos futuros contratos de gestão e aditivos firmados, apresente, não apenas a pesquisa salarial mencionada no contrato, mas a planilha de custos unitários, de forma detalhada, inclusive por especialidades e por procedimentos, em respeito ao princípio da transparência e demonstrando que houve adequado planejamento.

Quadro 44 - Processo TC-001525.989.19-0

Decisão	Irregularidade do contrato de gestão.
Assunto	Contrato de gestão 001.0500.000017/2018, celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e o Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo – SECONCI/SP, e termos de aditamento nºs 01/2019, 02/2019 e 01/2020.
Data do julgamento	01/12/2020.
Relator	Cristiana de Castro Moraes.
Principais conclusões	Projeto Assistencial do Departamento Regional de Saúde não previu programa de investimento para a parceria em análise. A ausência de discriminação dos custos atrelados às metas estipuladas impede a emissão de juízo favorável, vez que se trata de falha reincidente que inviabiliza a avaliação dos resultados alcançados, nos termos do disposto no art. 8º, inciso I da Lei Complementar Estadual no 846/98, bem como a certificação de que a parceria é a melhor opção para a administração pública.

Quadro 45 - Processo TC-001190.989.18-6	
Decisão	Irregularidade da execução do contrato de gestão.
Assunto	Prestação de contas do contrato de gestão celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Fundação do ABC ²¹¹ .
Data do julgamento	16/02/2021.
Relator	Robson Marinho.
Principais conclusões	Valores referentes às despesas diretas e indiretas, além de devidamente previstos no plano de trabalho, devem ser comprovados mediante documentos fiscais de despesas, nos termos das Instruções do Tribunal. Tribunal. A ausência implicará na condenação dos envolvidos à devolução de valores ao erário.

Quadro 46 - Processo TC-037899/026/11	
Decisão	Irregularidade da prestação de contas.
Assunto	Execução do contrato de gestão celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e a SPDM – Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, exercício de 2010.
Data do julgamento	17/02/2021.
Relator	Renato Martins Costa.
Principais conclusões	Houve verdadeira quarteirização das atividades, visto que, do montante de R\$ 21.119.923,97 transferidos pela Secretaria Estadual da Saúde, apenas R\$ 12.979.159,64 foram aplicados diretamente pela organização social, em detrimento ao art. 66 da Lei Federal nº. 8.666/93. Evidencia-se claramente a transferência dos recursos para pessoa jurídica estranha ao contrato de gestão, medida contrária ao interesse público, posto subverter imotivadamente a ordem de início convencionada entre o poder público e o terceiro setor.

Quadro 47 - Processo TC-010947.989.17-4	
Decisão	Irregularidade do contrato de gestão.

²¹¹ A decisão não informa o número do contrato de gestão.

Assunto	Contrato de gestão nº 001.0500.000019-2017 celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM.
Data do julgamento	14/09/2021.
Relator	Renato Martins Costa.
Principais conclusões	A controvérsia suscitada na instrução envolve a comprovação da economicidade do ajuste, ante a ausência da composição dos valores propostos pela OS em seu plano operacional.

ANEXO G – ENTREVISTAS²¹²

Bloco 1. Procuradores:

Nome²¹³

LFDP

Instituição à qual está vinculado(a):

Secretaria Municipal de Saúde

Cargo/função:

Diretor Técnico do Departamento de Demandas Judiciais em Saúde e Atendimento a Órgãos de Controle da COJUR.

1. A elaboração do contrato de gestão é realizada a partir da lei que o disciplina no âmbito deste poder público? Se utilizados outros fundamentos legais, quais são os mais recorrentes?

No âmbito desta Municipalidade de São Paulo o Poder Público se utiliza para elaboração e formalização do contrato de gestão a Lei nº 14.132/2006 e suas alterações, regulamentada pelo Decreto nº 52.858/2011 e suas alterações, sendo que em eventual omissão, aplica-se subsidiariamente a Lei Federal nº 8.666/93.

2. Há entendimento consolidado na Procuradoria a respeito da natureza jurídica dos contratos de gestão? Qual é o entendimento que prevalece?

Como parâmetro utiliza-se a Informação nº 1.094/2013 - PGM.AJC; o Parecer da PGM – nº 12.070, de 07 de Novembro de 2019; Parecer da PGM – nº 11.827, de 24 de Janeiro de 2018; Parecer da PGM – nº 152, de 27 de Janeiro de 2014; Parecer da PGM nº 12.131, de 26 de Novembro de 2020.

3. A organização social participa da elaboração do contrato de gestão? Eventuais discordâncias ou sugestões da entidade privada são incorporadas pelo poder público contratante?

Em tese não, há no procedimento do Chamamento Público um anexo ao Edital correspondente a minuta do Contrato de Gestão, já padronizado e aprovado pela COJUR da Pasta.

4. As obrigações financeiras do contrato de gestão de saúde são somente do poder público?

²¹² Algumas entrevistas ocorreram de forma exclusivamente verbal e eu não obtive autorização para reproduzi-las aqui. A reprodução do texto segue fielmente o que foi encaminhado pelos entrevistados.

²¹³ Para preservar a intimidade e o sigilo ressalvado quando da abordagem para a entrevista, os entrevistados foram identificados somente com as iniciais.

Em tese sim, não havendo contrapartida. Quando for o caso, havendo contrapartida da OS, há necessidade de especificação e apontamento claro das obrigações do Poder Público e da Organização Social.

5. Há alguma modalidade de contrato de gestão de saúde executado no equipamento próprio da organização social?

Em tese, na Pasta, até o presente momento, não há Contrato de Gestão em equipamento próprio da OS. Entretanto, não vislumbra-se qualquer impedimento legal, na possibilidade de ocorrer a gestão em equipamento próprio da OS, desde que ocorra a formalização através de um termo específico, tal como uma cessão de uso de espaço.

6. Nos contratos de gestão de saúde há alguma obrigação financeira da organização social?

Em tese sim, não havendo contrapartida. Quando for o caso, havendo contrapartida da OS, há necessidade de especificação e apontamento claro das obrigações do Poder Público e da Organização Social.

7. Qual é o tratamento construído sobre o passivo dos contratos de gestão após o seu término?

Em tese, não há passivo, uma vez que há obrigação da OS realizar mensalmente, semestralmente ou anualmente, o provisionamento das eventuais verbas rescisórias quanto ao RH da execução do objeto do Contrato de Gestão. De outro lado, quando há ofensa no provisionamento, há necessidade de fiscalização pela Pasta, especialmente, quanto às verbas rescisórias, do pessoal que é contratado por regime de CLT e demais verbas quanto ao pessoal terceirizado ou quarteirizado, posto que muitos do pessoal de RH para execução do objeto do Contrato de Gestão são contratados no regime de PJ. Há preocupação da Pasta quanto à responsabilidade solidária subsidiária, especialmente, pelo inadimplemento contratual, por força dos entendimentos do TST e do próprio STF.

8. Há uma matriz de riscos para os contratos de gestão de saúde? Como são distribuídos os riscos entre as partes contratantes?

A matriz de riscos, nos contratos de gestão, normalmente, vem através da avaliação a ser realizadas pelas Comissões e parâmetros de transferência de recursos em função da avaliação do desempenho, equipe mínima, produtividade por linha de serviço, meta de qualidade e eventuais penalidades. Obs.: Cópia da minuta de Contrato de Gestão aprovado pela Pasta e utilizada nos Chamamentos Públicos deste Ano de 2021.

9. Quais são os deveres de transparência exigidos das organizações sociais? São os mesmos daqueles impostos ao poder público?

Em observância as regras e princípios descritos no artigo 37 da Constituição Federal, em face as OS, os requisitos, as exigências, os deveres e as obrigações, são as mesmas exigidas do Poder Público.

10. Comentários ou observações:

Os documentos que fundamentam as respostas serão encaminhados por WhatsApp em pdf. Em caso de necessidade de aprofundar no tema, solicitamos o direcionamento para separar os documentos e as justificativas.

Bloco 2. Gestores públicos e privados:

Nome

RRS

Instituição à qual está vinculado(a)

Instituto do Câncer Infantil e Pediatria Especializada - ICIPE

1. Tem experiência com contratos de gestão na área da saúde em São Paulo, na esfera estadual ou municipal?

Em SP não tenho. Em outro estado.

2. A organização social tem participação na elaboração do contrato de gestão de saúde e construção do plano de trabalho, inclusive das metas e indicadores?

Não!

3. A preocupação com a execução do contrato de gestão de saúde é concentrada no cumprimento de exigências formais ou no alcance das metas e indicadores?

Cumprimento de exigências formais.

4. As metas e indicadores previstos no contrato de gestão de saúde são considerados a partir de planejamento prévio, considerada a realidade histórica?

Não.

5. Quais são os principais fatores que interferem no cumprimento das metas e indicadores previstos no contrato de gestão de saúde?

A Demanda, a (ir)regularidade no repasse de recursos financeiros e a possível desatualização das metas.

6. Os riscos da atividade objeto do contrato de gestão de saúde são tratados pelas previsões contratuais ou por disposições legais?

Não.

7. As metas e indicadores são revistos periodicamente? Com qual periodicidade?

Não são.

8. Como é tratado o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de gestão de saúde? O tratamento existente é adequado?

Não é tratado.

9. Há participação financeira da organização social no financiamento do objeto do contrato de gestão de saúde? Em caso positivo, como ela se dá?

Não. Nem deveria.

10. Tem experiência com contrato de gestão de saúde executado em equipamento próprio da organização social?

Não. Desconheço algum caso, mas deveria haver.

11. A organização social à qual está vinculado(a) cumpre a legislação de transparência? De qual forma?

Cumprir a Resolução IBROSS.

12. Qual procedimento a organização social à qual está vinculado(a) adota para contratação de serviços e aquisição de bens destinados ao cumprimento de contratos de gestão de saúde? *

Processo formal com publicação da demanda e dos resultados.

13. A organização social à qual está vinculado(a) pratica rateio de despesas em contratos de gestão de saúde? De qual forma?

Não.

14. A organização social à qual está vinculado(a) recebe ou já recebeu remuneração em contrato de gestão de saúde? Em caso positivo, de que forma a remuneração foi/é paga?

Nunca houve nem deve haver.

Comentários ou observações:

Nenhuma observação.

Nome

FCD

Instituição à qual está vinculado(a)

Instituto de Saúde e Gestão Hospitalar (ISGH)

1. Tem experiência com contratos de gestão na área da saúde em São Paulo, na esfera estadual ou municipal?

O ISGH não tem contratos de gestão em São Paulo, nossos Contratos são com o município de Fortaleza e com o Estado do Ceará.

2. A organização social tem participação na elaboração do contrato de gestão de saúde e construção do plano de trabalho, inclusive das metas e indicadores?

Sim, participa na construção, em geral a Secretária de Saúde contratante define os objetivos para aquela unidade, a linha de serviços ao qual prestará e a produção necessária para aquela região, este documento apresenta o nome de termo de referência, sendo este encaminhado para OSS, a OSS avalia e elabora em resposta um plano de trabalho que será utilizado como base para realização do Contrato de Gestão. A definição final em geral, as metas e indicadores, são das secretarias, mas existe um alinhamento para não serem criados indicadores ou metas inviáveis

3. A preocupação com a execução do contrato de gestão de saúde é concentrada no cumprimento de exigências formais ou no alcance das metas e indicadores?

Inicialmente a mudança para o modelo gerencial apresentava a intenção de uma gestão por resultados, entretanto, cada vez mais, para o modelo que está sendo construído, existe um direcionamento para processos, um modelo em que apesar da cobrança por resultados, existe uma visão de controle processual muito intensa, resquícios de um modelo burocrático, onde a exigência por controle, apesar de necessário, por vezes é extremamente excessiva e desproporcionalmente valorizada. Os processos são importantes, mas eles não podem ser a pedra angular na busca do resultado, ou mesmo, o objetivo fim, não se pode perder os benefícios do modelo gerencial, o controle e a transparência são essenciais quando existe o trato da coisa pública, entretanto, não se deve transferir o mesmo controle realizado no modelo burocrático, é necessário o olhar do controle por outra ótica, um aprendizado em controlar o modelo gerencial, olhar o novo modelo através de ferramentas antigas, não permitirá lograr êxito neste avanço.

4. As metas e indicadores previstos no contrato de gestão de saúde são considerados a partir de planejamento prévio, considerada a realidade histórica?

Sim, em geral se considera uma série histórica da unidade ou baseado em indicadores bem estabelecidos na saúde pública, que muitas vezes são consequentemente baseado em estudos científicos ou dados de grandes instituições de saúde pública.

5. Quais são os principais fatores que interferem no cumprimento das metas e indicadores previstos no contrato de gestão de saúde?

A Articulação da Redes de Atenção de Saúde, com dificuldades por vezes da transferência e contra-referência, conduzindo a uma ineficiência por parte do Sistema de Saúde. Atraso de repasses por parte da contratante, aprovação de Contrato de Gestão em valores abaixo do que é factível por dificuldades orçamentárias da secretaria contratante ou uma necessidade de adituação de contrato ao longo da sua execução, quando não realizado pela Contratante, após evidências de custos plenamente justificadas pela Organização Social e o não reajuste em metas inalcançáveis.

6. Os riscos da atividade objeto do contrato de gestão de saúde são tratados pelas previsões contratuais ou por disposições legais?

Existem situações que já são tratadas em alguns contratos de gestão, outras não, em alguns Contratos de Gestão, a previsibilidade de rescisão contratual total e os custos relacionados para esta ação não são provisionados, outros mesmos com a previsibilidade legal, como o atraso de repasse da contratante pode gerar custos adicionais, muitas vezes não são devidamente ajustados pela contratante ficando muitos dos riscos a cargo da Organização Social.

7. As metas e indicadores são revistos periodicamente? Com qual periodicidade?

As metas e indicadores após a definição contratual podem ser reavaliados a qualquer momento por solicitação da contratante, as metas e indicadores são monitoradas mensalmente e avaliadas pela comissão de acompanhamento do contrato trimestralmente, assim que ocorre no Ceará.

8. Como é tratado o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de gestão de saúde? O tratamento existente é adequado?

A forma adequada seria uma avaliação trimestral dos custos e das despesas da unidade relacionada ao custeio do contrato de gestão, essas variações poderiam causar déficit para o contrato, onde seriam devidamente justificadas e corrigidas, no caso de superávit, o contratante poderia utilizar este recurso em melhorias da unidade relacionada ao Contrato de Gestão.

Entretanto, em geral as Organizações Sociais solicitam a readequação dos valores contratuais de custeio e muitas vezes as secretarias contratantes não apresentam capacidade orçamentária ou financeira para esta adequação, e os riscos recaem sobre as OSS, onde apresenta grande dificuldade de readequar seus custos, por serem serviços essenciais para população, onde é proibitiva a interrupção de serviços essenciais ou mesmo a redução de outros de cunho eletivo, podem acarretar danos para saúde da população, gerando uma situação de resolução extremamente difícil, ou seja, recursos insuficientes e impossibilidade de redução de serviços. Em outro contexto, quando do superávit contratual, a proposição negativa seria utilizar o

superávit para adequação de valor do Contrato de Gestão do próximo ano vigente, sem utilizar este recurso, em prol de benefícios para unidade contratualizada.

9. Há participação financeira da organização social no financiamento do objeto do contrato de gestão de saúde? Em caso positivo, como ela se dá?

Não há, a relação no Contrato de gestão se dá por uma parceria do Estado com a OSS, que o Estado em um processo de fomento realiza um repasse para a gestão de unidade pública, e a OSS partilha com o poder público de um processo ágil e flexível de gestão, assim como, na iniciativa privada, compartilha toda sua expertise na capacidade de operação em gestão nestas unidades.

10. Tem experiência com contrato de gestão de saúde executado em equipamento próprio da organização social?

Tem experiência em gestão de unidades de saúde por entidades qualificadas como Organização Sociais, mas atuam e realizam gestão em unidades filantrópicas, ou seja, se apresentam como associação ou fundação neste cenário.

O instrumento Contrato de Gestão é especificamente para realização em unidades de saúde pública em que o contratante, Estado, realiza um processo de fomento com uma associação ou fundação qualificada como OSS por este ente, não cabendo outro formato.

11. A organização social à qual está vinculado(a) cumpre a legislação de transparência? De qual forma?

O modelo de Organizações Sociais permite que por solicitação da contratante, todas as informações devem ser disponibilizadas para ela e a qualquer momento. Muitos dos sites das Organizações Sociais apresentam o Contrato de Gestão, relatórios de produção, os membros do Conselho de Administração e muitas outras informações.

O IBROSS valoriza a crescente necessidade de atribuir maior transparência aos contratos de gestão das Organizações Sociais e preza pelo dever fundamental de acesso à informação. O instituto considera que uma gestão clara e acessível é primordial para a concretização de políticas sociais em saúde, para fortalecer a política de transparência, o IBROSS emitiu a Resolução nº 001/2018 que prevê uma série de medidas para que as instituições filiadas disponibilizem informações essenciais em seus portais, possibilitando, assim, a adequada compreensão, controle e acompanhamento da gestão.

12. Qual procedimento a organização social à qual está vinculado(a) adota para contratação de serviços e aquisição de bens destinados ao cumprimento de contratos de gestão de saúde?

Os Procedimentos para contratação de serviços ou aquisição de insumos são baseados em regulamentos próprios, assim como, preconiza a decisão do STF, baseados minimamente nos preceitos públicos da lei 8.666/93, mas as OSS não realizam licitação, existem outros processos para aquisição onde em seus regulamentos próprios permitem uma maior agilidade e flexibilidade.

13. A organização social à qual está vinculado(a) pratica rateio de despesas em contratos de gestão de saúde? De qual forma?

Os rateios são praticados para manutenção da sede administrativa, existe o rateio relacionado ao quadro de pessoal nos Contratos de Gestão, onde é realizado um valor proporcional ao total dos valores dos Contratos de Gestão, e o repasse ocorre de forma adequada ao mesmo. Os rateios de despesas seguem também a proporcionalidade do valor dos Contratos de Gestão com cada ente.

14. A organização social à qual está vinculado(a) recebe ou já recebeu remuneração em contrato de gestão de saúde? Em caso positivo, de que forma a remuneração foi/é paga?

Não.

Comentários ou observações:

O risco para o modelo em parte está em ajustes que por vezes desequilibram o modelo, sendo muitas vezes realizadas de forma intempestiva, fragmentada e episódica.

O zelo para que não provoquemos malefícios como ocorreram em situações prévias de outros modelos, como nas autarquias e fundações estatais, podendo ocasionar sua inviabilidade, precisamos ponderar os ajustes para que situações de exceção não se tornem premissas de regras, e usar o padrão do modelo como ponto de partida.

O TCU no TC 023.410/2016-7 bem esclarece este fato quando cita "... É necessária cautela para não se criar confusão entre o instrumento do contrato de gestão e o seu eventual mal uso."

Não podemos também deixar de citar o risco de organizações sociais sem capacidade operacional de execução para alguns Contratos de Gestão, gerando uma fragilidade, portanto, a grande importância de uma adequada qualificação da OSS junto ao ente público.

Nome

DCF

Instituição à qual está vinculado(a)

Coordenadoria de Gestão de Contratos de Serviços de Saúde da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo

Cargo/função

Coordenador de Saúde

1. Tem experiência com contratos de gestão na área da saúde em São Paulo? Há quanto tempo?
10 anos.

2. As organizações sociais têm participação na elaboração do contrato de gestão de saúde e construção do plano de trabalho, inclusive das metas e indicadores?

O contrato de gestão segue minuta-padrão. Os indicadores qualitativos são avaliados e atualizados anualmente (Manual de Indicadores), bem como as metas de produção. A discussão das metas é realizada em encontro periódicos com as OSS gestoras (reunião de avaliação), momento em que os diferentes atores (CGCSS, DRS e OSS) apontam e pactuam necessidades de revisão de metas.

3. A preocupação com a execução dos contratos de gestão de saúde é concentrada no cumprimento de exigências formais ou no alcance das metas e indicadores?

Ambas.

4. As metas e indicadores previstos nos contratos de gestão de saúde são considerados a partir de planejamento prévio, considerada a realidade histórica?

Sim, podendo ser revistas em caso de alterações no planejamento sanitário do território, aumento da capacidade instalada, entre outros.

5. Quais são os principais fatores que interferem no cumprimento das metas e indicadores previstos nos contratos de gestão de saúde?

Múltiplos fatores: problemas de acesso no território, questões internas das unidades (exemplo: quebra de equipamentos, dificuldades operacionais das equipes assistenciais, etc), elementos exógenos que prejudicam o planejamento prévio acordado - um exemplo clássico é a pandemia, a qual demandou a necessidade de revisão de perfil assistencial de diversas unidades.

6. Os riscos da atividade objeto dos contratos de gestão de saúde são tratados pelas previsões contratuais ou por disposições legais?

Ambas. O contrato de gestão é mais específico, porém segue os parâmetros e diretrizes gerais estabelecidos na LC 846/1998.

7. As metas e indicadores são revistos periodicamente? Com qual periodicidade?

Podem ser revistas a qualquer tempo e, obrigatoriamente, ao final do exercício para pactuação do orçamento e das metas assistenciais do exercício seguinte.

8. Como é tratado o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de gestão de saúde? O tratamento existente é adequado?

As unidades estão financiadas para custeio de suas atividades ao longo do exercício, de acordo com o orçamento de custeio disponibilizado e o planejamento assistencial. A Coordenadoria acompanha a execução das receitas e despesas para identificar eventuais situações de risco (lembrando, porém, que a responsabilidade pela aplicação adequada dos recursos é da OSS gestora).

Se identificados fatores que prejudicaram a previsão orçamentária, podem ser feitos aportes ou até mesmo supressão de valores por meio de termos aditivos. Um exemplo deste último caso se dá em unidades recém-inauguradas, em que muitas vezes a ativação se dá em velocidade menor do que a inicialmente prevista.

Este acompanhamento vem evoluindo constantemente, baseado na premissa de que cabe à Coordenadoria gerenciar os riscos e acompanhar a execução da assistência nas unidades contratualizadas.

9. Há participação financeira das organizações sociais no financiamento do objeto do contrato de gestão de saúde? Em caso positivo, como ela se dá?

Não diretamente, mas as unidades podem captar recursos externos para aplicação exclusiva no objeto do contrato de gestão. Exemplo: exploração do estacionamento e lanchonetes de uma unidade de saúde, recebimento de doações, contrapartidas de universidades por atividades de ensino, entre outras.

10. Tem experiência com contratos de gestão de saúde executados em equipamento próprio da organização social?

Não.

11. É exigido das organizações sociais de saúde o cumprimento da legislação de transparência? De qual forma?

Sim, com publicação de contratos, salários, balanços, entre outros.

12. Qual procedimento é exigido das organizações sociais para contratação de serviços e aquisição de bens destinados ao cumprimento de contratos de gestão de saúde?

Devem adotar manual de compras e contratações previamente estabelecido, publicado em Diário Oficial (Artigo 4º Inciso VII da LC 846/1998).

13. As organizações sociais podem praticar rateio de despesas em contratos de gestão de saúde? De qual forma?

Sim, de acordo com as diretrizes e normas da Resolução SS 107/2019 (<https://portaldatransparencia.saude.sp.gov.br/legislacao.php>).

14. As organizações sociais de saúde recebem remuneração em contrato de gestão de saúde?

Em caso positivo, de que forma a remuneração é paga?

Não, é vedada cobrança de taxa de administração (Resolução SS 107/2019).

Comentários ou observações:

Registro que minha contribuição se deu em caráter PESSOAL.

Nome

FT

Instituição à qual está vinculado(a)

Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo

Cargo/função

Coordenadoria da Atenção Hospitalar

1. Tem experiência com contratos de gestão na área da saúde em São Paulo? Há quanto tempo?

10 anos.

2. As organizações sociais têm participação na elaboração do contrato de gestão de saúde e construção do plano de trabalho, inclusive das metas e indicadores?

Não.

3. A preocupação com a execução dos contratos de gestão de saúde é concentrada no cumprimento de exigências formais ou no alcance das metas e indicadores?

Todo contrato tem metas quantitativas e qualitativas.

4. As metas e indicadores previstos nos contratos de gestão de saúde são considerados a partir de planejamento prévio, considerada a realidade histórica?

Sim.

5. Quais são os principais fatores que interferem no cumprimento das metas e indicadores previstos nos contratos de gestão de saúde?

No momento atual a Pandemia interferiu, as metas só não são alcançadas por falta de equipe para efetivar as ações previstas no contrato.

6. Os riscos da atividade objeto dos contratos de gestão de saúde são tratados pelas previsões contratuais ou por disposições legais?

Por ambos.

7. As metas e indicadores são revistos periodicamente? Com qual periodicidade?

A cada Quadrimestre.

8. Como é tratado o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de gestão de saúde? O tratamento existente é adequado?

Não é realizado reequilíbrio financeiro. Os contratos podem ser aditados para mais ou para menos dependendo das pactuações realizadas a cada CTA.

9. Há participação financeira das organizações sociais no financiamento do objeto do contrato de gestão de saúde? Em caso positivo, como ela se dá?

Não.

10. Tem experiência com contratos de gestão de saúde executados em equipamento próprio da organização social?

Neste caso não se trata de contrato de gestão, o Município faz contratualizações de leitos pela tabela SUS.

11. É exigido das organizações sociais de saúde o cumprimento da legislação de transparência? De qual forma?

Todos os contratos estão no portal da transparência, assim como todos os aditivos contratuais

12. Qual procedimento é exigido das organizações sociais para contratação de serviços e aquisição de bens destinados ao cumprimento de contratos de gestão de saúde?

O contrato de gestão tem duas linhas de financiamento, uma para custeio que inclui todos os serviços executados e uma para investimento, que é usada para aquisição de bens para execução do contrato.

13. As organizações sociais podem praticar rateio de despesas em contratos de gestão de saúde? De qual forma?

Não.

14. As organizações sociais de saúde recebem remuneração em contrato de gestão de saúde? Em caso positivo, de que forma a remuneração é paga?

Todo contrato tem incluído as despesas administrativas da Unidade em questão, as OS não recebem remuneração.

Comentários ou observações:

Espero ter esclarecido.

Nome

NSM

Instituição à qual está vinculado:

SPDM

Cargo/ Função

Superintendente

1. A fiscalização dos contratos de gestão de saúde ocorre no formato concebido para contratos administrativos ou convênios? Em caso negativo, qual o arcabouço regulatório utilizado?

Realizado no formato concebido aos convênios, ou seja, pouco se leva em conta o aspecto finalístico e sim ênfase no processual/formal.

2. A análise da execução é formal ou material (focada nos resultados)?

A análise é fundamentalmente formal, existe dificuldade dos órgãos de controle sobre a aferição do resultado esperado de uma unidade de saúde e mesmo quando as metas quantitativas e qualitativas nos contratos de gestão são atingidas, a análise formal se sobrepõe.

3. Em caso de análise dos resultados, a métrica utilizada é somente aquela prevista no contrato de gestão de saúde? No caso de uso de outras métricas, como elas são eleitas?

Não existe padrão de aferição do resultado na acepção da totalidade da execução do contrato, por exemplo, não se valoriza certificações de qualidade, ISO, premiações, existência de governança corporativa mais robusta ou mesmo, aspectos da gestão, e os mecanismos gerenciais utilizado pela entidade e seu grau de evolução; a utilização TI e a segurança dos controles internos entre outros aspectos.

4. O cumprimento (ou o descumprimento) das obrigações financeiras pelo poder público contratante influencia na análise dos resultados?

Os Órgãos de controle exercem a fiscalização sobre o cumprimento de contrato de gestão pela entidade parceira e raramente fazem algum apontamento sobre a inadimplência ou intempestividade dos repasses pelo poder público e mesmo quando da ocorrência destas irregularidades pelo ente estatal, se cobra o atingimento das metas pactuadas.

5. O exame do contrato de gestão de saúde e da sua execução se dá com base somente na legislação local do poder público contratante ou também se socorre da legislação federal sobre a matéria?

Primordialmente com base na legislação local não se relevando a legislação federal, e de forma quase rotineira, a orientação e acórdãos emanados do TCU, são desconsiderados face o arcabouço legal e entendimento do TCE.

6. No ato de controle há aplicação de outra legislação além daquela que disciplina o contrato de gestão de saúde, como, por exemplo, a lei de licitações? Em caso positivo, qual?

Sim, nos contratos de gestão, na seção de penalidades, se socorre da lei 8666 (lei de licitações). Outra legislação suporte é do Código de Defesa do Consumidor (lei 8078 de 11/09/90). Outras referências são a lei 9636 de 3/6/1998 e lei 8080 de 1990.

7. Qual é a extensão do dever de transparência aplicado à organização social de saúde?

Grande, haja visto que as entidades são obrigadas a cumprir regras de transparência e normativas seja na legislação nacional ou as oriundas, por ex., dos Tribunais de Contas.

8. Todas as informações atinentes ao contrato de gestão de saúde devem ser divulgadas no sítio eletrônico? Em caso positivo, essa obrigação é compatível com a LGPD?

Sim, todas as informações atinentes devem ser divulgadas, do relatório de metas à execução orçamentária -financeira, fornecedores, lista colaboradores e salários por cargos. A exigência da exposição do nome do colaborador e seu respectivo salário traz este conflito da legislação maior e a normativa dos órgãos de controle locais.

9. As seleções promovidas pela organização social de saúde são controladas pelo Tribunal de Contas, nos moldes do controle prévio de edital?

Sim, na perspectiva dos Tribunais de Contas entenderam as OSS como ente estatal e as submeterem às mesmas normativas impostas ou exigidas da administração direta.

10. Ao término do contrato de gestão de saúde, a quem pertence o passivo das atividades desenvolvidas para cumprimento do contrato, inclusive aquele que sobrevier à vigência do contrato de gestão?

Esta é a grande fragilidade dos contratos de gestão, sob as perspectivas da OSS. Apesar de ser evidente que a responsabilidade é do gestor estatal, pois a OS nada recebe para fazer a administração, embora todo passivo estar em seu nome, muitas vezes o poder público contratante tenta se safar da obrigação. Além disso, mesmo que o contratante (ente estatal) assumira a responsabilidade, as dificuldades operacionais para o pagamento das despesas após fim do contrato são difíceis de serem superadas.

Seja porque houve alternância democrática nos governos, ou porque, uma condenação judicial após anos do fim do contrato de gestão, cria dificuldades orçamentárias e legais para que se faça o ressarcimento à organização social, na tempestividade da necessidade dos prazos exigidos.

Uma alternativa para minimização destes efeitos deletérios às organizações parceiras é o instituto de sub-rogação dos passivos dos contratos de gestão.

A entidade sucessora do contrato de gestão assume os trabalhadores, e, portanto, sub-roga o passivo / trabalhista (encargos habituais e processos trabalhistas) além de também acatar o passivo de fornecedores e de outras naturezas, que não sejam decorrentes de dolo ou má-fé, fazendo com que o contrato de gestão perenize a operação e corrija estas contingências naturais, de tal sorte, que a entidade saia do contrato de gestão sem qualquer ônus.

11. Comentários ou observações:

Bloco 3. Agentes de fiscalização – controle externo:

Nome

RBG

Instituição à qual está vinculado(a)

TCM/SP

Cargo/função

Agente de Fiscalização

1. A fiscalização dos contratos de gestão de saúde ocorre no formato concebido para contratos administrativos ou convênios? Em caso negativo, qual o arcabouço regulatório utilizado?

A fiscalização dos contratos de gestão ocorre em formato individualizado, ou seja, diferente daquelas realizadas para contratos administrativos ou convênios, visto que os contratos de gestão possuem legislação própria.

2. A análise da execução é formal ou material (focada nos resultados)?

A análise da execução é tanto formal, observando-se a conformidade em relação às cláusulas contratuais, como material, sendo verificados os resultados alcançados em relação às metas estabelecidas, tais como metas de equipe mínima e de produção, e indicadores de qualidade.

3. Em caso de análise dos resultados, a métrica utilizada é somente aquela prevista no contrato de gestão de saúde? No caso de uso de outras métricas, como elas são eleitas?

Para análise dos resultados alcançados são utilizadas apenas as métricas estabelecidas no contrato de gestão e nos seus anexos.

4. O cumprimento (ou o descumprimento) das obrigações financeiras pelo poder público contratante influencia na análise dos resultados?

A análise do cumprimento das metas estabelecidas no contrato é realizada, primeiramente pela Supervisão Técnica de Saúde (STS) correspondente à região do Contrato de Gestão em questão, e pela Comissão Técnica de Acompanhamento (CTA), e, semestralmente, pela Comissão de Acompanhamento e Fiscalização (CAF). A auditoria analisa as atas da CTA, de forma amostral, na auditoria programada do Sistema de Controle e Avaliação de Contrato de Gestão.

5. O exame do contrato de gestão de saúde e da sua execução se dá com base somente na legislação local do poder público contratante ou também se socorre da legislação federal sobre a matéria?

Com base na legislação local.

6. No ato de controle há aplicação de outra legislação além daquela que disciplina o contrato de gestão de saúde, como, por exemplo, a lei de licitações? Em caso positivo, qual?

Em caso geral, utilizada apenas legislação local que disciplina o contrato de gestão. Em alguns casos, são utilizados princípios gerais da administração pública.

7. Qual é a extensão do dever de transparência aplicado à organização social de saúde?

Até 2020 a responsabilidade de transparência sobre informações relativas aos contratos de gestão celebrados era atribuída apenas à Administração Pública (art. 16 do DM 52.858/11 e DM 52.830/11). Entretanto, a partir de janeiro de 2020, com a publicação da Lei Municipal nº 17.273/2020, as Organizações Sociais devem divulgar na internet as informações relativas aos contratos de gestão celebrados.

8. Todas as informações atinentes ao contrato de gestão de saúde devem ser divulgadas no sítio eletrônico? Em caso positivo, essa obrigação é compatível com a LGPD?

As informações atinentes ao contrato de gestão de saúde que devem ser divulgadas na internet estão elencadas no art. 68 da LM nº 17.273/2020: I - repasses ou transferências de recursos municipais de São Paulo; II - relação atualizada das unidades/equipes envolvidas na implementação do objeto da parceria; III - íntegra do instrumento de parceria e seus respectivos termos aditivos; IV - (VETADO) V - íntegra dos contratos referentes a serviços terceirizados relacionados à execução e manutenção das atividades relacionadas ao objeto da parceria; VI - relação de contratos de serviços terceirizados, com especificação mínima de: a) valor; b) objeto; c) dados do contratado; d) prazo de duração; VII - relação de funcionários e salários vinculados a cada parceria, inclusive pessoal administrativo e dirigentes. Parágrafo único. Os sítios de internet deverão atender o requisito de acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina. Não foi feita análise de compatibilidade com a LGPD.

9. As seleções promovidas pela organização social de saúde são controladas pelo Tribunal de Contas, nos moldes do controle prévio de edital?

Sim, as seleções promovidas pelas OSs podem ser objeto de fiscalização do TCM da mesma forma daquelas promovidas pela Administração Pública.

10. Ao término do contrato de gestão de saúde, a quem pertence o passivo das atividades desenvolvidas para cumprimento do contrato, inclusive aquele que sobrevier à vigência do contrato de gestão?

O município assume passivos das atividades desenvolvidas pelas OSs. Na prática, os contratos de gestão encerrados foram sucedidos por outros contratos de gestão e as obrigações com pessoal e, em alguns casos, contratos de serviços de terceiros, foram sub-rogadas pela OS sucessora.

11. Comentários ou observações:

Sem comentários ou observações.

ANEXO H – PROJETOS DE LEI COMPLEMENTAR EM TRAMITAÇÃO NA ALESP

PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 3, DE 2005

Altera dispositivos da Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências.

A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO aprova:

Artigo 1º - A Lei Complementar 846, de 4 de junho de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

I – Fica acrescido o artigo 6º A, com a seguinte redação:

“Artigo 6º A – Apresentando-se mais de uma organização social interessada em celebrar o mesmo contrato de gestão, a escolha recairá sobre aquela que preencher, cumulativamente, o maior número dos seguintes requisitos:

- I – ato constitutivo registrado há mais tempo;
- II – experiência anterior em contratos de gestão;
- III – mais tempo de prestação de serviços próprios de assistência à saúde;
- IV – maior programa de investimentos.

II - O § 3º do artigo 9º passa a ter a seguinte redação:

“§ 3º - A comissão de avaliação da execução do contrato de gestão das organizações sociais da saúde, de que trata o parágrafo anterior, compor-se-á de 10 (dez) membros, indicados na seguinte conformidade:

- 1- 4 (quatro) pela Secretaria da Saúde;
- 2- 4 (quatro) pelo Conselho Estadual de Saúde
- 3- 2 (dois) pelo Presidente da Comissão de Saúde e Higiene da Assembléia Legislativa, escolhidos dentre seus membros. (NR)”

III - Fica incluído após o artigo 9º da Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, o artigo 9ºA com a seguinte redação:

“Artigo 9ºA – Cada unidade objeto de contrato de gestão com organização social da área da saúde terá sua própria comissão de avaliação da execução do contrato, assim constituída:

I – 50% (cinquenta por cento) das vagas serão ocupadas por usuários de saúde do Município onde está instalada a unidade;

II – os demais 50% (cinquenta por cento) serão distribuídos igualmente entre representantes da organização social gestora, da Secretaria Estadual de Saúde, da Secretaria Municipal de Saúde e das entidades representativas dos trabalhadores da unidade.”

Artigo 2º - As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Artigo 3º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

As Organizações Sociais de Saúde - OSS são reguladas pela Lei Complementar 846, de 1998, que dispõe sobre a transferência da gerência de novos hospitais para as essas instituições, só permitindo o atendimento da clientela do SUS.

As OSS gerenciam, atualmente, dezesseis (16) novos hospitais estaduais. Este modelo de administração tem como consequência transferir a gerência do patrimônio público a terceiros, possibilitando a manipulação e centralização dos recursos públicos, pois, como são hospitais de nível secundário, não atendem às diretrizes de municipalização do SUS, que os vincularia à gestão dos Municípios ou de consórcios municipais.

A gestão das OSS, da forma como está regulada na Lei Complementar nº 846/1998, impede o controle social, pois não há controle destes hospitais pelos Conselhos Municipais de Saúde e os

mesmos não possuem conselhos gestores, o que provoca a falta de transparência, uma vez que a qualificação das instituições como OSS é da exclusiva competência do Secretário Estadual da Saúde, o que permite a manipulação, assim como a privatização da gerência destes hospitais e a burla à Lei de Responsabilidade Fiscal, pois os gastos de pessoal das OSS não são computados como tal.

O projeto de lei complementar que submetemos à apreciação dos nobres pares tem por objetivo sanar falhas da legislação em vigor, propondo critérios de desempate, no caso de se apresentar mais de uma entidade interessada, criando uma comissão de avaliação e fiscalização para cada unidade objeto de contrato de gestão e modificando a composição da comissão encarregada de avaliar os resultados gerais obtidos pelo sistema.

Sala das Sessões, em 28/2/2005

a) Cândido Vaccarezza – PT

PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 36, DE 2011

Dá nova redação e acrescenta dispositivos à Lei Complementar n.º 846, de 04/06/1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO DECRETA:

Artigo 1º - Os dispositivos adiante enumerados da Lei Complementar n.º 846, de 04/06/1998, com suas modificações posteriores, passam a vigorar com as seguintes alterações:

I – O artigo 6º, com a redação dada pela Lei Complementar n.º 1.095, de 18/09/2009:

“Artigo 6º.....

.....

§ 3º - A celebração dos contratos de que trata o "caput" deste artigo, com dispensa da realização de licitação, será precedida de publicação da minuta do contrato de gestão e de convocação pública das organizações sociais, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, através do Diário Oficial do Estado, para que todas as interessadas em celebrá-lo possam se apresentar, cumprindo as seguintes exigências:

- 1- manifestação por escrito;
- 2- comprovação de sua regularidade fiscal e demais documentos exigidos pela Administração;
- 3- encaminhamento de proposta de gerenciamento, contendo:
 - a- programação mensal e anual de trabalho;
 - b- relação de recursos humanos, físicos e tecnológicos, destinados às atividades meio e fim, relativas ao contrato de gestão;
 - c- estimativa de custos para a realização do objeto contratual, que considere a aquisição e/ou manutenção dos recursos físicos e tecnológicos, bem como a remuneração dos dirigentes e da mão-de-obra, própria e/ou contratada;
 - d- a forma pela qual se dará a avaliação de desempenho, estabelecida a partir dos componentes de execução e dos resultados objeto do contrato;

§ 4º - O Poder Público dará publicidade:

- 1 – do resultado da avaliação das propostas, pelo menos 5 (cinco) dias úteis antes da assinatura do contrato, evidenciando os critérios objetivos utilizados para escolha da entidade a ser contratada, bem como a economicidade prevista com a execução do ajuste;
- 2 – da decisão de firmar cada contrato de gestão, indicando as atividades que deverão ser executadas; e
- 3 – das entidades que manifestarem interesse na celebração de cada contrato de gestão;

§ 5º – Revogado pela Lei Complementar n.º 1.095, de 18/09/2009;

§ 6º – Os gastos relativos à remuneração dos dirigentes e da mão-de-obra, própria e/ou contratada, aos quais se refere a alínea “c” do item 3 do § 3º deste artigo, não poderão ultrapassar 70% (setenta por cento) do valor total do contrato de gestão;

§ 7º – Para auxiliar na elaboração da proposta a que se refere o item 3 do § 3º deste artigo, a Administração deve colocar à disposição dos interessados dados históricos e/ou valores referenciais, compatíveis com o objeto pretendido, mesmo que originários de prestações de serviço diretas, indiretas, contratadas, ou por meio de outras parcerias;

§ 8º – Quando a execução do contrato envolver contratação de mão-de-obra, os custos diretos e indiretos de tais contratações deverão compor o valor geral do contrato.” (NR)

II – Na Seção III, ficam acrescentados os artigos 6º-A, com parágrafo único, e 8º-A:

“Artigo 6º-A - O órgão contratante deverá demonstrar a economicidade que espera auferir com a contratação, através da elaboração de parecer técnico que contenha a comparação da execução do objeto por órgãos da Administração Direta e pela entidade contratada.

Parágrafo único – Para a devida comparação entre os meios diretos e indiretos de execução, deverão constar no parecer a composição dos custos envolvidos, as pesquisas de mercado e as tecnologias a serem empregadas.” (NR)

“Artigo 8º-A – Aplicar-se-ão às hipóteses de renovação, no que couberem, as regras estabelecidas por esta lei complementar para a celebração dos contratos de gestão iniciais.” (NR)

III – Ao artigo 9º ficam acrescentados os §§ 4º e 5º:

“Artigo 9º.....

.....

§ 4º – Deverá ser promovida, periodicamente, a capacitação dos membros do Conselho Estadual de Saúde e da Comissão de Saúde da Assembléia Legislativa, integrantes da Comissão de

Avaliação a que alude o § 3º deste artigo, para aprimoramento do controle dos recursos repassados às entidades;

§ 5º – As organizações sociais devem utilizar os sistemas oficiais eletrônicos, válidos e específicos, para o registro, coleta e transmissão de dados, que permitam, cumulativamente:

- 1- apurar os indicadores de avaliação de desempenho;
- 2- comparar o objeto previsto e o realizado e
- 3- comparar o realizado com outros ajustes que reúnam condições similares.” (NR)

IV – Na Seção IV, fica acrescentado o artigo 9º-A, com incisos de I a VIII, e respectivo parágrafo único com itens 1, 2 e 3:

“Artigo 9º-A – As prestações de contas da aplicação dos recursos transferidos, das contrapartidas e dos resultados alcançados com o contrato de gestão devem conter informações que ofereçam condições para que o Poder Público reconheça e avalie:

I – as etapas e/ou fases de execução do objeto do contrato, inclusive das partes fixas e variáveis, quando for o caso;

II – os componentes de resultados que permitam a apuração dos indicadores, podendo haver indicadores de cumprimento, utilizáveis para fins estatísticos e de dimensionamento das próximas etapas de execução;

III – no caso das organizações sociais da área da saúde, a situação sanitária da população atendida e/ou os serviços realizados, utilizados estes últimos como parâmetros de vigilância das condições de saúde dos usuários;

IV- no caso das organizações sociais da área da cultura, o atendimento às políticas culturais do Estado, por meio da execução das atividades estabelecidas para a gestão de espaços públicos, demonstrando-se o estado de conservação e melhoria do patrimônio público cedido para tais fins;

V – no caso das organizações sociais da área de esportes, a execução dos projetos e a realização dos eventos esportivos;

VI – no caso das organizações sociais da área do atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, a ascensão dos direitos dos portadores de deficiência, e a evolução dos atendimentos;

VII – os resultados para fins de emissão do relatório conclusivo, ressaltando-se a ocorrência efetiva da economicidade pretendida ao início da contratação;

VIII - o atendimento aos princípios fundamentais de contabilidade e às normas contábeis brasileiras, especialmente instituídas pelo Conselho Federal de Contabilidade para aperfeiçoar a escrituração e a divulgação das demonstrações financeiras praticadas pelas organizações sociais;

Parágrafo único – A prestação de contas de execução de contrato cujo objeto tenha como principal instrumento de realização os recursos humanos, deverá também demonstrar:

- 1- a contratação regular de mão-de-obra, efetuada diretamente pela organização social;
- 2- recolhimento dos encargos trabalhistas e previdenciários das contratações de pessoal das atividades fim e meio e
- 3- a existência de provisões contábeis, nos balanços da contratada, nos casos de reclamações trabalhistas contra ela interpostas, além da comprovação de que foram utilizados todos os meios de defesa e/ou acordos, até que a sentença condenatória de pagamento transite em julgado.” (NR)

Artigo 2º - As despesas decorrentes da aplicação desta lei complementar serão atendidas com as dotações próprias do Orçamento vigente, suplementadas se necessário, observando-se o disposto no artigo 14 da Lei Complementar n.º 846, de 04/06/1998.

Artigo 3º - Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A Lei Complementar n.º 846, de 04/06/1998, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais. Ela lançou um novo modelo de relação do Estado com entidades privadas, sem fins lucrativos, para prestação de serviços de saúde e cultura à população. Posteriormente, uma de suas três alterações alargou esse âmbito, contemplando também o esporte e o atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência.

Apesar de tal modelo ter resultado satisfatório, após treze anos de sua vigência faz-se necessário aprimorar seus mecanismos de controle e fiscalização, pois o número de organizações sociais cresceu e continuará a crescer, devido em parte ao próprio crescimento de nosso Estado. Deve-se, pois, aumentar a “transparência” da aplicação dos recursos públicos envolvidos, levando-se em conta os resultados alcançados.

Considerando-se a Reforma Administrativa do Estado, onde se tem, cada vez mais, a participação da sociedade organizada na execução de atividades típicas do setor público, como é o caso das organizações sociais, é necessário que o Poder Público se aperfeiçoe para estabelecer as regras destas parcerias e os resultados que com elas pretende alcançar, ou seja, ser o regulador. Além disso, deve estar muito bem preparado para controlar as execuções e aferir se os resultados são efetivos, especialmente porque, se a sociedade pretende prosseguir com a atuação de parceira do Poder Público, a lógica requer que a participação produza resultados sempre melhores.

Para se conservar o argumento de que as organizações sociais, ao assumirem a gestão de equipamentos públicos, trazem benefícios ao Estado, ampliam a oferta de serviços e otimizam os gastos públicos, devem elas estar organizadas de modo a atender às mesmas exigências de prestação de contas impostas à Administração Direta. Importante frisar que as propostas de trabalho que pautam as contratações devem ser preparadas a partir da divulgação de interesse do Poder Público, ou seja, o contratante, em primeiro lugar, deve ter tornado pública a sua

efetiva intenção (resultados a atingir), para ceder a gestão às organizações sociais (sempre com o intuito de complementar o serviço governamental, e não de substituí-lo de uma forma absoluta).

As modificações ora apresentadas estão concentradas nas Seções III e IV da lei complementar acima citada, que são, respectivamente: “Do Contrato de Gestão” e “Da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão”. De tais alterações podem-se destacar os itens relativos à prestação de contas dos recursos transferidos, das contrapartidas e dos resultados alcançados com o contrato de gestão (artigo 9º-A). Como se tratam de recursos públicos, o Poder Público tem o direito e o dever de conhecer em detalhes o que está sendo feito pelas organizações sociais. Esperamos que esse detalhamento facilite as atividades da Comissão de Avaliação e do próprio Tribunal de Contas.

São ampliadas as exigências, tanto para a parte contratante como para a parte contratada, em relação ao contrato de gestão (art. 6º). São normas que esmiúçam o modo de trabalho da entidade (por exemplo, através da figura da “proposta de gerenciamento”), expõem com maior clareza os custos, verificam o atendimento às normas trabalhistas e previdenciárias, e estabelecem limites para gastos.

Além disso, devem-se apontar como inovações a demonstração, pelo Poder Público, da economicidade a ser obtida com o contrato, e a capacitação regular dos membros da Comissão de Avaliação. A primeira responderia a uma indagação básica: “o Estado está poupando recursos com tal contrato?” Obviamente, a única resposta favorável é a afirmativa. A segunda pretende deixar a Comissão de Avaliação das organizações de saúde sempre atualizada em relação a detalhes legais e técnicos, com o conhecimento necessário para um exame preciso e aprofundado.

Deve-se esclarecer, finalmente, a proposta de limite de gastos com pessoal em até 70%, de acordo com acréscimo de parágrafo ao artigo 6º. Pensamos principalmente na área da saúde, que, em termos de necessidade de insumos e equipamentos, é seguramente a parceria mais cara; ainda assim, pretende-se sejam adequados os demais 30% dos custos da gestão. Vários estudos evidenciam que os recursos humanos representam em geral 50% a 70% dos gastos de um hospital. É importante transcrever parte de um artigo publicado na revista “Parcerias com as

Organizações de Saúde”, de autoria do Dr. Márcio Cidade Gomes, que já esteve à frente da coordenação de tais contratos: “As principais dificuldades que o modelo tradicional de administração pública apresenta, na área da administração hospitalar, podem ser assim resumidas: (...) impossibilidade de o gestor pagar salários compatíveis com o mercado e, dessa forma, fixar seu pessoal e mantê-lo adequadamente treinado e atualizado. É preciso lembrar que, em um hospital geral, cerca de 70% dos gastos são com pessoal, que precisa ser bem recrutado, constantemente treinado e substituído com agilidade quando de seu desligamento do serviço público (...).”

Não poderíamos deixar de mencionar as várias pessoas que colaboraram para que este projeto viesse à luz: o Ilmo. Sr. Dr. Sérgio Rossi, Digníssimo Diretor Geral e 1º Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas do Estado, que nos encaminhou, após meses de estudo, o texto base; o Exmo. Sr. Dr. Elival da Silva Ramos, Digníssimo Procurador Geral do Estado, que expôs com a clareza e o brilhantismo característicos os erros e os acertos relativos à legislação principal e conexa; da mesma forma, o Ilmo. Sr. Dr. Carlos Roberto de Alckmin Dutra, Digníssimo Procurador desta Assembléia Legislativa; e o Ilmo. Sr. David Foot, Diretor da Divisão de Proposições Legislativas do Departamento de Comissões desta Casa, que nos aconselhou em relação à melhor técnica legislativa.

Expostos os fundamentos da presente proposição, esperamos contar com o apoio dos nossos pares para a sua aprovação.

Sala das Sessões, em 10-6-2011.

a) Pedro Tobias - PSDB

Altera a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO DECRETA:

Artigo 1º - Os dispositivos adiante enumerados da Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, com suas modificações posteriores, passam a vigorar com as seguintes alterações:

I - o artigo 1º:

“Artigo 1º - O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde e à cultura, atendidos os requisitos previstos nesta lei complementar.

§ 1º - A qualificação referida no ‘caput’ será realizada mediante processo conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios previstos no ‘caput’ do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados na legislação federal e em atos do Poder Executivo.

§ 2º - As organizações sociais a que se refere o ‘caput’ deste artigo serão acompanhadas, reguladas e fiscalizadas pelo Poder Executivo, por intermédio de órgão ou entidade especializada integrante de sua Administração Direta ou Indireta, constituída para tal fim, e submetidas ao controle externo da Assembleia Legislativa, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado.

§ 3º - O Poder Executivo, por meio de suas Secretarias e demais órgãos, prestará contas ao Poder Legislativo da atuação das entidades a que se refere o ‘caput’, mediante:

1 - apresentação de todas as rubricas orçamentárias destinadas às organizações sociais;

2 - apresentação de relatório que deverá conter obrigatoriamente:

a) a quantidade de organizações sociais que operam no Estado;

- b) os estatutos sociais de cada organização social;
- c) a relação nominal de funcionários de que dispõe cada organização social;
- d) a área de atuação e o serviço prestado por cada organização social;
- e) os valores pagos a cada organização social, no respectivo exercício financeiro;
- f) relação de todos os gastos realizados com os respectivos credores;
- g) regulamento de compras e contratação de empregados;
- h) a separação contábil dos valores pagos a título de reequilíbrio econômico-financeiro;
- i) o cumprimento das metas de atendimento contidas no contrato, com as respectivas justificativas pelo não atendimento.

§ 4º - A prestação de contas far-se-á por meio de audiências públicas a serem realizadas na Assembleia Legislativa do Estado, nas Comissões Permanentes, quadrimestralmente, sempre até a primeira quinzena dos meses de março, junho e outubro.

§ 5º - A prestação de contas a que se refere esta lei complementar será realizada na respectiva Comissão Permanente a que estejam afetas as atribuições de sua Pasta e em data distinta do previsto no artigo 52-A da Constituição do Estado de São Paulo.

§ 6º - As informações a serem apresentadas nas audiências públicas serão disponibilizadas no site do Governo do Estado de São Paulo, com menção a esta lei complementar, no prazo de até 10 (dez) dias úteis que antecedem a data da audiência pública.

§ 7º - Ficam as organizações sociais a que se refere o ‘caput’ deste artigo obrigadas a instituir estruturas de integridade corporativa dotadas especialmente de:

- 1 - sistema de controle interno;
 - 2 - ouvidoria;
 - 3 - setor responsável pela identificação e prevenção de riscos organizacionais, acompanhamento das normas estatais afetas às suas atividades, regulamentação de procedimentos internos e estabelecimento de políticas, como código de ética e conduta, comunicação interna e externa, treinamento, avaliação, correção e aperfeiçoamento contínuo.”
- (NR)

II - o artigo 2º:

“Artigo 2º -

I -

.....

b) finalidade não econômica, 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, ou órgão similar, e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta lei complementar;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de membros da comunidade com experiência profissional na área de atuação afim e idoneidade moral;

.....

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, dos excedentes ou passivos financeiros decorrentes das atividades no âmbito dos contratos de gestão com o Estado, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito do Estado, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio do ente público qualificador, na proporção dos recursos e bens por este alocados;

j) avaliação externa por entidade certificadora ou de auditoria, para comprovação de boas práticas de gestão e transparência das organizações sociais;

.....

III - ter a entidade obtido a certificação de que trata a Lei federal nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, e suas alterações posteriores.

§ 1º - Somente serão qualificadas como organização social, as entidades que, efetivamente, comprovarem possuir serviços próprios de assistência a saúde, há mais de 2 (dois) anos.

§ 2º - O disposto na alínea ‘i’ do inciso I deste artigo não se aplica ao patrimônio, aos bens ou aos direitos da entidade anteriores à sua qualificação ou oriundos de atividades não relacionadas ao contrato de gestão ou ao patrimônio cedido, devendo a entidade comprovar a origem do respectivo patrimônio por meio dos mecanismos contábeis cabíveis.” (NR)

III - o artigo 3º:

“Artigo 3º - O conselho de administração, ou órgão similar, deve ser estruturado nos termos que dispuser o estatuto, observadas, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, as seguintes regras:

I -

.....

b) no mínimo de 35% (trinta e cinco por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de membros da comunidade com experiência profissional na área de atuação afim e idoneidade moral;

c) no mínimo de 10% (dez por cento) de membros eleitos pelos empregados da entidade;

.....

VIII - os dirigentes dos equipamentos administrados pelo contrato de gestão poderão receber remuneração aprovada pelo Conselho de Administração por maioria absoluta de seus membros, observados os valores praticados no mercado, segundo o grau de qualificação exigido e a especialização profissional, observado em todo caso o limite remuneratório aplicável ao Governador do Estado de São Paulo.” (NR)

IV - o artigo 4º:

“Artigo 4º -

.....

IV - fixar a remuneração dos membros da diretoria, observando-se o limite remuneratório aplicável ao Governador do Estado de São Paulo;

.....

VII - aprovar por maioria, no mínimo, de 2/3 (dois terços) de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, e o plano de seleção e contratação de empregados da entidade, seus cargos, salários e benefícios;

.....” (NR)

V - o artigo 5º:

“Artigo 5º - Os conselheiros, administradores e dirigentes das organizações sociais de saúde que contratem com o Estado não poderão:

I - ter exercido, no período de até 1 (um) ano antes da contratação, cargo de Secretário de Estado, direção, chefia, assessoramento, ou função de confiança na Administração direta ou indireta do Estado;

II - exercer durante a contratação e até 1 (um) ano após o término do contrato, cargo ou função de Secretário, direção, chefia, assessoramento ou função de confiança na Administração direta ou indireta do Estado.

§ 1º - É vedada a nomeação ou designação para cargo ou função de Secretário de Estado, de direção, chefia ou assessoramento, de conselheiros, administradores e dirigentes das organizações sociais que contratem com o Estado.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica às fundações públicas que se qualifiquem como organizações sociais ou nos casos em que a legislação imponha a participação do agente público em órgão colegiado de deliberação superior da entidade.” (NR)

VI - o artigo 6º:

“Artigo 6º - Para os efeitos desta lei complementar, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no artigo 1º.

.....

§ 3º - A celebração dos contratos de que trata o ‘caput’ deste artigo, com dispensa da realização de licitação, será precedida de publicação da minuta do contrato de gestão e de convocação pública para seleção objetiva e impessoal pelo Poder Público de organizações sociais qualificadas para a realização da parceria, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, através do Diário Oficial do Estado, podendo todas as interessadas participar, cumprindo as seguintes exigências:

- 1 - manifestação por escrito;
- 2 - comprovação de sua regularidade fiscal e demais documentos exigidos pela Administração;
- 3 - encaminhamento de proposta de gerenciamento, contendo:
 - a) programação mensal e anual de trabalho;
 - b) relação de recursos humanos, físicos e tecnológicos, destinados às atividades meio e fim, relativas ao contrato de gestão;

- c) estimativa de custos para a realização do objeto contratual, que considere a aquisição ou manutenção dos recursos físicos e tecnológicos, bem como a remuneração dos dirigentes e dos empregados contratados ou subcontratados;
- d) a forma pela qual se dará a avaliação de desempenho, estabelecida a partir dos componentes de execução e dos resultados objeto do contrato.

§ 4º - O Poder Público dará publicidade:

- 1 - do resultado da avaliação das propostas, pelo menos 5 (cinco) dias úteis antes da assinatura do contrato, evidenciando os critérios objetivos utilizados para escolha da entidade a ser contratada, bem como a economicidade prevista com a execução do ajuste;
- 2 - da decisão de firmar cada contrato de gestão, indicando as atividades que deverão ser executadas e o fomento correspondente;
- 3 - das entidades que manifestarem interesse na celebração de cada contrato de gestão.

§ 5º - Revogado pela Lei Complementar nº 1.095, de 18 de setembro de 2009.

§ 6º - Da publicação da convocação pública deverá constar o bem público e o montante orçamentário mensal a ser administrado.

§ 7º - A proposta da organização social deverá conter prova de que seu quadro de pessoal contém profissionais com formação específica e experiência comprovada ou conhecimento para a gestão das atividades a serem desenvolvidas.

§ 8º - O contrato de gestão terá prazo inicial de vigência de até 5 (cinco) anos, prorrogável sucessivamente por meio de termo aditivo, condicionada a prorrogação à demonstração do cumprimento dos termos e das condições do contrato.

§ 9º - Até 180 (cento e oitenta) dias antes do término da vigência do contrato de gestão, o Poder Público deverá proceder a chamamento público para seleção de nova organização social.

§ 10 - O disposto no § 9º não se aplica na hipótese de o Poder Executivo optar por prorrogar o prazo de contrato de gestão em vigor ou eleger outro modelo de gestão.

§ 11 - A contratação de empregados e de empresas prestadoras de serviço pela organização social será realizada em conformidade com as leis trabalhistas e com o direito civil, devendo ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios previstos no 'caput' do art. 37 da Constituição Federal e nos termos dos regulamentos próprios de cada entidade.

§ 12 - A organização social deverá praticar reserva técnica de 10% (dez por cento) até 15% (quinze por cento) do valor da parcela mensal de custeio para formação de fundos destinados a provisões, bem como para pagamento de verbas devidas em virtude de rescisões trabalhistas, rescisões contratuais, pagamento de reclamações trabalhistas e demais valores devidos em virtude de processos administrativos ou judiciais que se prolonguem ao longo do tempo.

§ 13 - A reserva técnica de que trata o § 12 deverá ser mantida em conta própria, apenas podendo ser movimentada para o pagamento das provisões ali previstas, salvo autorização prévia e devidamente fundamentada do parceiro público, concedida excepcionalmente em casos de emergência.

§ 14 - A organização social poderá destinar até 2% (dois por cento) do valor anual do contrato para qualificação de funcionários, promoção socioambiental e desenvolvimento de parceria na área de ensino, pesquisa e extensão.

§ 15 - Os repasses do Poder Público à organização social poderão ser utilizados para compra de equipamentos, obras e outros investimentos, conforme previsão no contrato de gestão.

§ 16 - As organizações sociais poderão apresentar, por meio de instrumento intitulado Manifestação de Interesse da organização social, propostas ao Poder Público para que este avalie a conveniência e oportunidade de celebrar contrato de gestão naquela área, respeitados os procedimentos que esta lei complementar dispuser, inclusive a convocação pública prevista no § 3º deste artigo.

§ 17 - Os gastos relativos com subcontratação de empregados não poderão ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do valor total do contrato de gestão, sendo vedada a subcontratação para execução da atividade especializada de gerenciamento de saúde.

§ 18 - Para auxiliar na elaboração da proposta a que se refere o item 3 do § 3º deste artigo, a Administração deve colocar à disposição dos interessados dados históricos ou valores referenciais, compatíveis com o objeto pretendido, mesmo que originários de prestações de serviço diretas, indiretas, contratadas, ou por meio de outras parcerias.

§ 19 - Quando a execução do contrato envolver terceirização de mão-de-obra, os custos diretos e indiretos de tais contratações deverão compor o valor geral do contrato.

§ 20 - É permitida a celebração do mesmo contrato de gestão com mais de uma organização social, ou com uma associação de organizações sociais, devendo ser observado individualmente o preenchimento dos requisitos previstos nesta lei complementar.

§ 21 - O contrato de gestão previsto nesta lei complementar tem natureza diversa dos contratos administrativos em geral, não se aplicando, ainda que de forma supletiva ou subsidiária, a Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 6.544, de 22 de novembro de 1989, e demais leis ou atos normativos federais e estaduais referentes a licitações e contratos públicos.” (NR)

VII - à Seção III do Capítulo I, ficam acrescentados os artigos 6º-A e 6º-B:

“Artigo 6º-A - O órgão contratante deverá apresentar estudos que demonstrem os objetivos esperados da contratação, especialmente sua vantagem e efetividade na prestação do serviço público fomentado, através da elaboração de parecer técnico que contenha a comparação da execução do objeto por órgãos da Administração Direta e pela entidade contratada.

Parágrafo único - Para a devida comparação entre os meios diretos e indiretos de execução, deverão constar no parecer a composição dos custos envolvidos, as pesquisas de mercado e as tecnologias a serem empregadas. (NR)

Artigo 6º-B - É facultado ao Poder Público celebrar mais de um contrato de gestão com uma mesma organização social, observados os limites de concentração previstos nesta lei complementar.

§ 1º - Fica a organização social autorizada a centralizar operações de gestão dos contratos.

§ 2º - A organização social que firmar mais de um contrato de gestão com entidades públicas deverá separar, para fins contábeis e financeiros, o custo ideal proporcional dos recursos recebidos e das despesas destinadas à execução de cada contrato. (NR)”

VIII - o artigo 7º:

“Artigo 7º - O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou a entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, as responsabilidades e as obrigações do Poder Público e da organização social, devendo prever, necessariamente, critérios de sucessão em caso de transferência da unidade sob gestão para nova entidade.

§ 1º - O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Secretário de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada, bem como encaminhado ao Conselho Social da área correspondente para conhecimento.

§ 2º - O contrato de gestão deverá prever a obrigação de a Administração Pública ressarcir a organização social pelas despesas, encargos financeiros e prejuízos decorrentes de atraso ou transferência parcial dos repasses.

§ 3º - O contrato de gestão poderá prever a sucessão, quanto às obrigações, de uma organização social por outra ao término do contrato, desde que no chamamento público sejam disponibilizadas informações que garantam a apuração, pelas organizações sociais interessadas, do valor que será assumido na sucessão.

§ 4º - A assunção dos direitos e obrigações de uma organização social por outra será formalizada por meio de termo de responsabilidade, podendo, no caso de sucessão, o saldo remanescente da reserva técnica indicada no § 12 do artigo 6º desta lei complementar ser transferido à organização social sucessora, desde que vinculado à mesma finalidade.

§ 5º - Aplicar-se-ão às hipóteses de renovação, no que couberem, as regras estabelecidas por esta lei complementar para a celebração dos contratos de gestão iniciais.” (NR)

IX - o artigo 8º:

“Artigo 8º -

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, estipulação das metas a serem atingidas e respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos

critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores qualitativos e quantitativos;

II - estipulação dos limites e critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções, observando-se:

a) a tabela de valores praticada pelas entidades privadas, com observância do limite remuneratório percebido pelo Governador do Estado;

b) a tabela de pisos salariais por categoria;

c) o dever de a organização social disponibilizar em seu sítio na internet a remuneração dos cargos que compõem o quadro de pessoal da organização social e de cada unidade de saúde;

.....

V - 30 (trinta) dias de antecipação máxima de adiantamento dos valores devidos à entidade por parte do Poder Público;

VI - estipulação, nos contratos de subcontratação de atividades-fim, de obrigação de cumprimento de jornada mínima de trabalho ou de horários de plantão presencial, quando o atingimento das metas que ensejarão a remuneração da entidade pressupuser tais condições;

VII - vedação de participação direta ou indireta na execução do contrato de gestão:

a) de servidor, empregado ou dirigente de órgão ou empresa pública da Administração Direta ou Indireta da entidade pública contratante;

b) de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de autoridade, servidor ou empregado investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada de órgão ou empresa pública da Administração Direta ou Indireta da entidade pública contratante;

c) de pessoas que se enquadrem nas condições de inelegibilidade nos termos da legislação complementar, ou que tenham sido condenadas por atos de improbidade administrativa nos últimos 8 (oito) anos;

d) de pessoas que tenham sido consideradas responsáveis, em virtude de seus atos ou omissões, pela aplicação das sanções administrativas previstas nos incisos III a V do artigo 18-B desta lei complementar às organizações sociais nas quais exerciam funções de conselheiro ou direção, ou para as quais prestavam serviços como empregados ou prestadores de serviços;

VIII - vedação de subcontratação de serviços com pessoas jurídicas das quais participem, direta ou indiretamente, na execução do serviço subcontratado:

a) conselheiros, membros da diretoria ou administração da organização social, remunerados ou não, bem como seus cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau;

b) empregados da organização social;

IX - vedação de participação do mesmo dirigente ou administrador em mais de um contrato de gestão celebrado com entidade pública;

X - vedação de contratação, direta ou indireta, da mesma pessoa física para a execução de serviços em mais de uma organização social, salvo quando:

a) houver compatibilidade de horários, no caso de serviços que dependam de cumprimento de horário ou jornada mínima de trabalho;

b) a soma do valor pago por serviço executado não ultrapassar o limite previsto no inciso IV do artigo 4º desta lei complementar;

XI - previsão de limite prudencial de despesas com pessoal em relação ao valor total de recursos do contrato de gestão e sobre mecanismos de controle sistemático pela autoridade supervisora.

.....

§ 3º - Para os fins do disposto no inciso IV, a unidade de saúde:

1 - deverá assegurar aos usuários do SUS e do IAMSPE o mesmo tratamento dispensado aos pacientes particulares ou usuários de planos de saúde privados atendidos pela mesma unidade fora do contrato de gestão;

2 - adotará sistemática de controle de atendimento de pacientes filiados a operadores de planos de saúde privados e particulares, ingressantes na qualidade de usuários do SUS e do IAMSPE, para fins de posterior ressarcimento.

§ 4º - Aplica-se às organizações sociais de que trata esta lei complementar a Lei federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, inclusive no tocante à divulgação da remuneração de seus dirigentes e empregados.

§ 5º - As organizações sociais de que trata esta lei complementar deverão possuir sítios na internet onde disponibilizarão, entre outros documentos de interesse público, todos os contratos de gestão que possuem com o poder público, a remuneração paga por cargos ocupados nas unidades que constituem objeto dos contratos, bem como os contratos de prestação de serviços celebrados entre elas e terceiros para consecução de atividades relacionadas ao contrato de gestão.

§ 6º - O disposto no inciso VII não se aplica à hipótese de contratação direta, como empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, observados os procedimentos de seleção e contratação de empregados de que trata o artigo 4º desta lei complementar.

§ 7º - O valor firmado no contrato de gestão deverá ter dotação orçamentária prevista na Lei Orçamentária Anual a fim de garantir o repasse à organização social contratada.

§ 8º - Identificado aumento de demanda ou necessidade de novos investimentos, poderá ser firmado termo aditivo que amplie o repasse de verbas para a execução do contrato de gestão e para a modificação de seu objeto.

§ 9º - Os valores transferidos mensalmente para execução do contrato de gestão e as correspondentes metas quantitativas e qualitativas deverão ser revistos anualmente, para sua manutenção, aumento ou redução, sempre no último trimestre do ano em curso.

§ 10 - Caso a organização social adquira equipamentos e materiais permanentes com recursos provenientes da celebração da parceria, o bem será gravado com cláusula de inalienabilidade, e ela deverá formalizar promessa de transferência da propriedade à Administração Pública na hipótese de sua extinção.

§ 11 - A penhorabilidade dos bens e dos valores que constituem a reserva técnica restringe-se às obrigações decorrentes, exclusivamente, da execução do objeto do respectivo contrato de gestão.

§ 12 - As obrigações pecuniárias não autorizam a penhora dos bens e dos valores que constituem a reserva técnica se forem impostas:

1 - a entes da Administração Pública;

2 - à pessoa jurídica a qual integra a organização social por fatos não relacionados diretamente à execução do objeto do respectivo contrato de gestão.

§ 13 - O Secretário de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada deve definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que seja signatário.”

(NR)

X - à Seção III do Capítulo I, ficam acrescentados os artigos 8º-A e 8º-B:

“Artigo 8º-A - É impedida de celebrar o contrato de gestão previsto nesta lei complementar a organização social que:

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

II - tenha tido as contas rejeitadas pela Administração Pública nos últimos 5 (cinco) anos, enquanto não for sanada a irregularidade que motivou a rejeição e não forem quitados os débitos que lhe foram eventualmente imputados, ou não for reconsiderada ou revista a decisão pela rejeição;

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

- a) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública;
- b) tenha tido as suas prestações de contas avaliadas como irregulares em decorrência de omissão no dever de prestar contas, de prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, de infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico ou de desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos;

IV - tenha entre seus dirigentes pessoa:

- a) cujas contas relativas a parcerias tenham sido julgadas irregulares ou rejeitadas por tribunal ou conselho de contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecurável, nos últimos 8 (oito) anos;
- b) julgada responsável por falta grave e inabilitada para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, enquanto durar a inabilitação;
- c) considerada responsável por ato de improbidade, enquanto durarem os prazos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

§ 1º - Nas hipóteses deste artigo, é igualmente vedada a transferência de novos recursos no âmbito de parcerias em execução, excetuando-se os casos de serviços essenciais que não podem ser adiados sob pena de prejuízo ao erário ou à população, desde que precedida de expressa e fundamentada autorização do dirigente máximo do órgão ou entidade da Administração Pública, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º - Em qualquer das hipóteses previstas no ‘caput’, persiste o impedimento para celebrar contrato de gestão enquanto não houver o ressarcimento do dano ao erário pelo qual seja responsável a organização social ou o seu dirigente.” (NR)

“Artigo 8º-B - É vedada a celebração de contrato de gestão previsto nesta lei complementar que tenha por objeto, envolva ou inclua, direta ou indiretamente:

I - delegação do exercício do poder de polícia, de fiscalização ou de fomento ou de outras atividades exclusivas de Estado, incluindo-se as funções de regulação de acesso promovidas pelas Centrais de Regulação, nos termos definidos pela legislação do SUS;

II - prestação de serviços ou atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado;

III - contratação ou subcontratação de serviços administrativos, tais como consultoria com ou sem produto determinado, comunicação, gerenciamento de saúde.” (NR)

XI - o artigo 9º:

“Artigo 9º -

.....

§ 4º - Deverá ser promovida, periodicamente, a capacitação dos membros do Conselho Estadual de Saúde e da Comissão de Saúde da Assembleia Legislativa, integrantes da Comissão de Avaliação a que alude o § 3º deste artigo, para aprimoramento do controle dos recursos repassados às entidades.

§ 5º - As organizações sociais devem utilizar os sistemas oficiais eletrônicos, válidos e específicos, para o registro, coleta e transmissão de dados, que permitam, cumulativamente:

- 1 - apurar os indicadores de avaliação de desempenho;
- 2 - comparar o objeto previsto e o realizado;
- 3 - comparar o realizado com outros ajustes que reúnam condições similares.”(NR)

XII - à Seção IV do Capítulo I, fica acrescentado o artigo 9º-A:

“Artigo 9º-A - As prestações de contas da aplicação dos recursos transferidos, das contrapartidas e dos resultados alcançados com o contrato de gestão devem conter informações que ofereçam condições para que o Poder Público reconheça e avalie:

I - as etapas ou fases de execução do objeto do contrato, inclusive das partes fixas e variáveis, quando for o caso;

II - os componentes de resultados que permitam a apuração dos indicadores, podendo haver indicadores de cumprimento, utilizáveis para fins estatísticos e de dimensionamento das próximas etapas de execução;

III - no caso das organizações sociais da área da saúde, a situação sanitária da população atendida e/ou os serviços realizados, utilizados estes últimos como parâmetros de vigilância das condições de saúde dos usuários;

IV - no caso das organizações sociais da área da cultura, o atendimento às políticas culturais do Estado, por meio da execução das atividades estabelecidas para a gestão de espaços públicos, demonstrando-se o estado de conservação e melhoria do patrimônio público cedido para tais fins;

V - no caso das organizações sociais da área de esportes, a execução dos projetos e a realização dos eventos esportivos;

VI - no caso das organizações sociais da área do atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, a ascensão dos direitos dos portadores de deficiência, e a evolução dos atendimentos;

VII - os resultados para fins de emissão do relatório conclusivo, ressaltando-se a ocorrência efetiva da economicidade pretendida ao início da contratação;

VIII - o atendimento aos princípios fundamentais de contabilidade e às normas contábeis brasileiras, especialmente instituídas pelo Conselho Federal de Contabilidade para aperfeiçoar a escrituração e a divulgação das demonstrações financeiras praticadas pelas organizações sociais.

Parágrafo único - A prestação de contas de execução de contrato cujo objeto tenha como principal instrumento de realização os recursos humanos, deverá também demonstrar:

- 1 - a contratação regular de empregados efetuada diretamente pela organização social;
- 2 - recolhimento dos encargos trabalhistas e previdenciários das contratações de pessoal das atividades fim e meio, inclusive do pessoal das empresas subcontratadas;
- 3 - a existência de provisões contábeis, nos balanços da contratada, nos casos de reclamações trabalhistas contra ela interpostas, além da comprovação de que foram utilizados todos os meios de defesa ou acordos, até que a sentença condenatória de pagamento transite em julgado.” (NR)

XIII - a Seção VI do Capítulo I, passa a ser designada “Da Rescisão do Contrato de Gestão” e a vigorar com as seguintes disposições:

“Seção VI

Da Rescisão do Contrato de Gestão

Artigo 18 - É facultado ao Poder Público e à organização social rescindir o contrato de gestão antes do prazo, por acordo entre as partes ou unilateralmente.

§ 1º - O Poder Público poderá rescindir unilateralmente o contrato de gestão:

- 1 - quando a organização social houver descumprido substancialmente o teor do contrato e não tiver sanado a falta em até 60 (sessenta) dias, contados da notificação do Poder Público;
- 2 - em decorrência de insolvência civil da organização social ou de sua dissolução;
- 3 - por razões de interesse público justificadas e determinadas pelo Chefe do Poder Executivo.

§ 2º - A organização social poderá rescindir unilateralmente o contrato de gestão:

- 1 - quando houver atraso, total ou parcial, superior a 90 (noventa) dias, de valores devidos pelo Poder Público;
- 2 - pela ocorrência de caso fortuito ou de força maior, devidamente justificada e aceita pelo Poder Público, com notificação prévia de no mínimo 60 (sessenta) dias.

§ 3º - Considera-se descumprimento substancial do contrato de gestão pela organização social:

- 1 - a aplicação das verbas transferidas pelo Poder Público ou a utilização de bens, móveis ou imóveis, para outros fins que não o cumprimento do objeto do contrato de gestão;
- 2 - o descumprimento de obrigações previstas no contrato de gestão que não tenha sido sanado após notificação do Poder Público.

§ 4º - Em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem ou situação de emergência decretada pelo Poder Público, o prazo para adequação da organização social por quaisquer descumprimentos será suspenso enquanto vigorar a decretação.

§ 5º - O descumprimento do contrato de gestão pela organização social por atraso no repasse em prazo superior ao previsto no item 1 do § 2º não configurará inadimplência e não poderá ensejar rescisão unilateral pelo Poder Público.

§ 6º - No processo de rescisão, a quitação das obrigações trabalhistas terá prioridade no uso da reserva técnica.

§ 7º - É o Poder Público, quando estiver inadimplente no contrato de gestão, obrigado a suplementar os valores necessários à quitação das obrigações trabalhistas, em caso de insuficiência da reserva técnica, no limite do valor da inadimplência.

§ 8º - O inadimplemento dos valores devidos à organização social imputará à Administração Pública a responsabilidade exclusiva pelos débitos trabalhistas e fiscais, limitados ao valor inadimplido.

§ 9º - A organização social responderá exclusivamente pelos débitos trabalhistas e fiscais que ultrapassarem o valor do inadimplemento da Administração Pública.

§ 10 - A Administração Pública não terá nenhum tipo de responsabilidade, solidária ou subsidiária, dolosa ou culposa, por débitos trabalhistas e fiscais que ultrapassarem os valores inadimplidos à organização social.

§ 11 - Em caso de inadimplemento, a Administração Pública, para fins do disposto no § 8º, deverá figurar como litisconsorte passiva no processo em que litiga a organização social.

§ 12 - O pagamento, pela Administração Pública, dos débitos referidos no § 8º configurará quitação, na mesma medida, do inadimplemento para com a organização social.

§ 13 - A sucessão sub-rogada à sucessora ou ao Poder Público os haveres e deveres futuros, a partir da consolidação da rescisão do contrato de gestão.

§ 14 - A empresa cujo contrato de prestação de serviços seja rescindido pela organização social não fará jus ao recebimento de eventual multa rescisória se for recontratada pelo Poder Público ou por organização social que se sub-rogue no contrato de gestão rescindido.

§ 15 - A recontração pela sucessora de empregados demitidos pela organização social anterior é submetida aos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei federal nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Artigo 18-A - No processo de rescisão:

I - se o Poder Público for a parte rescisora, a organização social deverá ser comunicada sobre o interesse de revogação do contrato por meio de ofício;

II - se a organização social for a parte rescisora, o Poder Público deverá ser comunicado oficialmente após deliberação do conselho de administração.

§ 1º - Após o registro de ciência pela parte notificada, por ofício, o órgão supervisor do contrato de gestão deverá publicar em Diário Oficial a abertura do processo de transição da administração.

§ 2º - Deverá constar do Diário Oficial o tempo para o processo de transição da administração, garantidos prazo mínimo de 120 (cento e vinte) dias e máximo de 1 (um) ano.

§ 3º - O prazo estipulado para o processo de transição é contado a partir da publicação no Diário Oficial, vedada a retroação.

§ 4º - A rescisão do contrato de gestão será efetivada após cumprido o prazo estipulado no processo de transição.” (NR)

XIV - fica acrescentada ao Capítulo I a Seção VII, intitulada “Da responsabilidade e das sanções”:

“Seção VII

Da responsabilidade e das sanções

Artigo 18-B - Pela execução do contrato de gestão em desacordo com o programa de trabalho e com as normas desta lei complementar e da legislação específica, a Administração Pública poderá, garantida a prévia defesa, aplicar à organização social as seguintes sanções, isolada ou cumulativamente, quando cabível:

I - advertência;

II - multa;

III - desqualificação;

IV - suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades da esfera de governo da administração pública sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

V - declaração de inidoneidade para participar de chamamento público ou celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades de todas as esferas de governo, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a organização social ressarcir a administração pública pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso III.

§ 1º - As sanções previstas no ‘caput’ serão precedidas de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

§ 2º - A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e do saldo remanescente dos recursos financeiros entregues à utilização da organização social, sem prejuízo das sanções contratuais, penais e civis aplicáveis à espécie.

§ 3º - As sanções estabelecidas nos incisos III a V são de competência exclusiva do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de aplicação da penalidade.

§ 4º - Prescreve em 5 (cinco) anos, contados a partir da data da apresentação da prestação de contas, a aplicação das penalidades previstas neste artigo.

§ 5º - A prescrição será interrompida com a edição de ato administrativo voltado à apuração da infração.

§ 6º - A organização social desqualificada por motivo de inidoneidade ficará impedida de celebrar novo contrato de gestão com qualquer órgão público no âmbito da Administração Pública do Estado ou dos Municípios pelo prazo de 10 (dez) anos, e seus dirigentes ficarão impedidos de compor outra organização social pelo mesmo prazo.

§ 7º - Sem prejuízo das sanções previstas neste artigo, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas ou à Procuradoria Geral do Estado para que se requeira ao juízo competente a decretação da tutela de urgência adequada à assecuração do direito patrimonial do Poder Público, como a indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.” (NR)

XV - o artigo 19:

“Artigo 19 - A organização social fará publicar na imprensa e no Diário Oficial do Estado, no prazo máximo de 90 (noventa) dias contados da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de empregados, obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.” (NR)

XVI - ao Capítulo II ficam acrescentados os seguintes artigos 23-B, 23-C e 23-D:

“Artigo 23-B - É vedada a participação direta ou indireta pela mesma organização social na área de saúde superior a 20% (vinte por cento) do total de contratos de gestão celebrados com o Estado. (NR)

Artigo 23-C - Os valores pagos pelo Poder Público decorrentes do contrato de gestão relativos à remuneração dos dirigentes e dos empregados contratados ou terceirizados não serão computados como despesa de pessoal, nos termos do artigo 169 da Constituição Federal e artigo 19, II, da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000. (NR)

Artigo 23-D - As normas gerais previstas nesta lei complementar se aplicam aos Municípios do Estado de São Paulo e as especiais, no que couber, até a adoção de legislação própria. (NR)”

Artigo 2º - As despesas decorrentes da aplicação desta lei complementar serão atendidas com as dotações próprias do Orçamento vigente, suplementadas se necessário, observando-se o disposto no artigo 14 da Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998.

Artigo 3º - O Poder Público e as organizações sociais de que trata esta lei complementar terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para promover as adaptações necessárias ao cumprimento do nela disposto.

Parágrafo único - O não atendimento pela organização social das alterações previstas nesta lei complementar no prazo estabelecido no “caput” implicará a automática desqualificação da entidade como organização social, aplicando-se o disposto no § 2º do artigo 18-B.

Artigo 4º - Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

O presente texto contempla grande parte das disposições contidas no Projeto de Lei nº 427/2017, de autoria do senador José Serra, com as alterações promovidas pelo Senado Federal; no Projeto de Lei nº 673/2015, de autoria do deputado João Paulo Rillo; no Projeto de Lei nº 36/2011, de autoria do deputado Pedro Tobias; bem como adota as sugestões de atualização e aperfeiçoamento da Lei Complementar n.º 846, de 04/06/1998, dadas pelas autoridades e

particulares que prestaram depoimentos à Comissão Parlamentar de Inquérito criada pelo Ato nº 02, de 2018, do Presidente da Assembleia, mediante Requerimento nº 2928, de 2017, com a finalidade de “apurar denúncias de irregularidades nos contratos celebrados com Organizações Sociais da Saúde - OS's, pelas Prefeituras e pelo Governo do Estado de São Paulo”.

Expostos os fundamentos da presente propositura, esperamos contar com o apoio dos nossos pares para a sua aprovação.

PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 45, DE 2019

Altera a redação da Lei Complementar nº 846, de 04 de junho de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO DECRETA:

Artigo 1º - Os dispositivos adiante enumerados da Lei Complementar nº 846, de 04 de junho de 1998, com suas modificações posteriores, passam a vigorar com as seguintes alterações:

I – o artigo 1º:

“Artigo 1º – O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde, à cultura, ao ensino, ao esporte, ao atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, ao atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes, à proteção e conservação do meio ambiente e à promoção de investimentos, de competitividade e de desenvolvimento, atendidos os requisitos previstos nesta lei complementar.” (NR)

II – ao Capítulo II, fica acrescentado o artigo 23-B:

“Artigo 23-B - Os requisitos específicos de qualificação das organizações sociais da área de ensino serão estabelecidos em decreto do Poder Executivo, a ser editado no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da publicação desta lei complementar.” (NR)

Artigo 2º – Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

Há mais de 20 anos foi instituído pela Lei Federal 9.637/1998 o bem sucedido modelo de parceria de gestão de serviços públicos por meio de Organizações Sociais. As Organizações Sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que, por meio de contrato de gestão, orientam suas atividades ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

O modelo de parcerias com as OSs (Organizações Sociais) foi replicado no âmbito estadual por meio da Lei Complementar nº 846/1998 contemplando atividades relacionadas “à saúde, à cultura, ao esporte, ao atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, ao atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes, à proteção e conservação do meio ambiente e à promoção de investimentos, de competitividade e de desenvolvimento”.

Os resultados das parcerias na gestão têm sido muito positivos. O Projeto Guri é um exemplo de sucesso de parceria na área de cultura, havendo outros bons exemplos na área da saúde e em outras áreas.

Embora a legislação federal tenha previsto que Organizações Sociais possam atuar em parceria com o Estado na gestão da atividade de ensino, tal previsão não consta na legislação estadual. A ausência desta previsão legal impede que os benefícios da parceria sejam extensíveis a este setor tão importante da sociedade. Tanto quanto a saúde e a cultura, o ensino é atividade crucial da qual dependem o bem estar e prosperidade de uma sociedade.

Os recentes resultados das avaliações de ensino, principalmente os atribuídos às instituições de ensino do Estado, demonstram que a educação necessita de iniciativas inovadoras e parcerias se quisermos de fato fazer com que São Paulo seja líder e referência para o país. Há urgência e

relevância nesta matéria. Não é possível ficar inerte achando que podemos obter resultados diferentes fazendo as coisas da mesma forma que sempre fizemos.

A possibilidade de parcerias com Organizações Sociais na gestão de atividades de ensino é uma forma de criar mais oportunidades para os alunos que não têm acesso à educação de qualidade.

Conto com o apoio dos nobres deputados para a aprovação deste Projeto de Lei Complementar para viabilizarmos novas alternativas para a educação de qualidade.

Sala das Sessões, em 10/5/2019.

a) Daniel José - NOVO

PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 35, DE 2020

Altera a Lei Complementar nº 846, de 04/06/1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO DECRETA:

Artigo 1º - Ficam alterados ou acrescentados, com a redação que se segue, os dispositivos adiante enumerados da Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998:

ESTRUTURAS DE INTEGRIDADE CORPORATIVA E GOVERNANÇA

I - Transforma o parágrafo único do artigo 1º em §1º, dando nova redação, e inclui os seguintes §§ 2º e 3º ao artigo 1º da Lei Complementar nº 846/1998:

“Artigo 1º (...)

§ 1º - As pessoas jurídicas de direito privado a que se refere o “caput” deste artigo serão submetidas ao controle externo da Assembleia Legislativa, que o exercerá com o auxílio do

Tribunal de Contas do Estado, ficando o controle interno a cargo do Poder Executivo, sem prejuízo da obrigatoriedade estabelecida no § 3º deste artigo.

§ 2º - A qualificação referida no caput será realizada mediante processo conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados na legislação e em atos do Poder Executivo.

§ 3º - Fica a organização social a que se refere o “caput” deste artigo, obrigada a instituir estruturas de integridade corporativa, dotadas de sistema de controle interno, ouvidoria, setor responsável pela identificação e prevenção de riscos organizacionais, acompanhamento das normas estatais afetas às suas atividades, regulamentação de procedimentos internos e estabelecimento de políticas, como código de ética e conduta, comunicação interna e externa, treinamento, avaliação, correção e aperfeiçoamento contínuo”. (NR)

CERTIFICAÇÃO DE BOAS PRÁTICAS DE GESTÃO

II - Inclui o inciso III ao artigo 2º, com a seguinte redação:

“Artigo 2º (...)

I - (...)

II - (...)

III - ter sido a entidade submetida à avaliação externa por entidade certificadora ou de auditoria, para comprovação de boas práticas de gestão e transparência”. (NR)

QUARENTENA DE DIRIGENTES E AUTORIDADES

III - Dá nova redação ao artigo 5º, incluindo o § 1º e o § 2º, na seguinte conformidade:

“Artigo 5º - Os conselheiros, administradores e dirigentes das organizações sociais de saúde que contratem com o Estado não poderão ter exercido, no período de até 1 (um) ano antes da contratação, ou exercer durante a contratação e até 1 (um) ano após o término do contrato, cargo de Secretário de Estado, direção, chefia, assessoramento, ou função de confiança na Administração direta ou indireta do Estado.

§ 1º - É vedada a nomeação ou designação para cargo ou função de Secretário de Estado, de direção, chefia ou assessoramento, de conselheiros, administradores e dirigentes das organizações sociais que tenham contratos vigentes com o Estado.

§2º - O disposto neste artigo não se aplica às fundações públicas que se qualifiquem como organizações sociais ou nos casos em que a legislação imponha a participação do agente público em órgão colegiado de deliberação superior da entidade”. (NR)

PARÂMETROS DE REMUNERAÇÃO

IV - Inclui do artigo 5º-A, com a seguinte redação:

“Artigo 5º-A. Os limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos administradores, diretores e empregados das organizações sociais no exercício de suas funções oneradas pelos contratos de gestão, deverão observar o limite remuneratório aplicável ao Governador do Estado de São Paulo quando pagos exclusivamente com recursos provenientes do Poder Público”. (NR)

CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE DOS BENS ADQUIRIDOS

V - Inclui o artigo 7º-A e seu parágrafo único, com a seguinte redação:

“Artigo 7º-A - Os repasses de recursos do Poder Público à organização social poderão ser utilizados para compra de equipamentos, materiais permanentes, obras e outros investimentos, conforme previsão no contrato de gestão.

Parágrafo único - Caso a organização social adquira equipamentos, materiais permanentes ou desenvolva ferramentas de tecnologia com recursos provenientes da celebração do contrato de gestão, o bem será gravado com cláusula de inalienabilidade, devendo, ao final do contrato, ser transferido à Administração Pública, integrando seu patrimônio”. (NR)

EXIGÊNCIA DE METAS QUANTITATIVAS E QUALITATIVAS

VI - Alteração do inciso I do artigo 8º, com a seguinte redação:

“Artigo 8º - (...).

I - Especificação do programa de trabalho proposto pela Organização Social, estipulação das metas quantitativas e qualitativas a serem atingidas e respectivos prazos de execução, bem como

previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade”. (NR)

REGRAS DE EFICIÊNCIA E DA IMPESSOALIDADE

VII - Inclui os incisos V, VI, VII, VIII e IX ao artigo 8º, com a seguinte redação:

“Artigo 8º. (...)

(...)

V - estipulação da política de custos e preços a ser praticada para execução das atividades objeto do contrato de gestão, em consonância com o princípio da eficiência expresso no caput do artigo 37 da Constituição Federal”.

VI - contratação de empregados e empresas prestadoras de serviço pela organização social em conformidade com as leis vigentes, devendo ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, nos termos dos regulamentos próprios de cada entidade.

VII - vedação, sob pena de desqualificação, de participação direta ou indireta na execução do contrato de gestão:

a) de servidor, empregado ou dirigente de órgão ou empresa pública da Administração Direta ou Indireta da entidade pública contratante;

b) de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de autoridade, servidor ou empregado investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada de órgão ou empresa pública da Administração Direta ou Indireta da entidade pública contratante.

VIII - vedação de subcontratação de serviços com pessoas jurídicas das quais participem, direta ou indiretamente, conselheiros, administradores ou dirigentes da organização social, remunerados ou não, bem como seus cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau

IX - a organização social deverá adotar processo seletivo com aplicação de prova objetiva aos candidatos às vagas oferecidas para constatar conhecimento profissional em sua área de atuação, pautada em critérios previamente definidos em seu próprio regulamento de seleção pessoal.)

X - o contrato de gestão não poderá ter como objeto a execução de obras, construção, reformas e readaptação de próprios públicos”. (NR).

REVISÃO ANUAL DE VALORES E METAS CONTRATADAS

VIII - Inclui o § 5º ao artigo 8º, com a seguinte redação:

“Artigo 8º (...)

(...)

§ 5º - Os recursos repassados mensalmente para execução dos contratos de gestão, bem como as metas quantitativas e qualitativas, deverão ser revistos anualmente para estabelecimentos dos valores que serão praticados no exercício subsequente”. (NR)

SELEÇÃO PÚBLICA

IX - Inclui o artigo 8º-A, com a seguinte redação:

“Artigo 8º-A - O contrato de gestão deverá ser precedido de processo seletivo público para escolha da proposta de trabalho que melhor atenda aos interesses públicos perseguidos, sendo obrigatória a publicação no Diário Oficial, na data da contratação, a apresentação do memorial descritivo dos valores empenhados no programa, observados os princípios da legalidade, moralidade administrativa, proporcionalidade, impessoalidade, economicidade, eficiência, transparência e publicidade, consoante o caput do artigo 37 da Constituição Federal”. (NR)

TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES EXCLUSIVAS DO PODER PÚBLICO

X - Inclui o artigo 8º-B e respectivos parágrafos, com a seguinte redação:

“Artigo 8º-B. É vedada a celebração de contrato de gestão que tenha por objeto delegação do exercício do poder de polícia, de fiscalização, de elaboração de políticas públicas ou de outras atividades exclusivas de Estado.

§ 1º. A atividade de regulação de acesso aos serviços de saúde promovidas pelas centrais de regulação será executada, preferencialmente, pela Administração Pública Direta.

§ 2º. Na hipótese de haver comprovada vantagem técnica e econômica que justifique sua transferência por meio de contrato de gestão, a contratação não poderá recair sobre organização social que figure como contratada em ajustes vigentes que tenham como objeto o gerenciamento de serviços de saúde estaduais”. (NR)

LIMITE À CONCENTRAÇÃO DE CONTRATOS

XI - Inclui o artigo 8º-C e respectivo parágrafo único, com a seguinte redação:

“Artigo 8º- C. É facultado ao Poder Público celebrar mais de um contrato de gestão com uma mesma organização social, observados o limite de concentração previsto neste artigo.

Parágrafo único. Na área da saúde, fica vedada a atuação direta ou indireta de uma mesma organização social quando sua participação representar montante igual ou superior a 20% (vinte por cento) do total de contratos de gestão celebrados com o Estado”. (NR)

REGRAS ESPECÍFICAS PARA CONTRATAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL

XII - Inclui o artigo 8º-D, parágrafo único e respectivos incisos e alíneas, com a seguinte redação:

“Artigo 8º-D. Fica vedada a celebração de contrato de gestão, bem como a prorrogação dos contratos vigentes, que tenham como contratada organização social que:

- I - esteja omissa no dever de prestar contas de parceria anteriormente celebrada;
- II - tenha tido as contas rejeitadas pela Administração Pública nos últimos 5 (cinco) anos, enquanto não for sanada a irregularidade que motivou a rejeição e não forem quitados os débitos que lhe foram eventualmente imputados, ou não houver modificação da decisão de rejeição;
- III - tenha sido punida com uma das seguintes sanções, pelo período que durar a penalidade:
 - a) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública;
 - b) tenha tido as suas prestações de contas avaliadas como irregulares em decorrência de omissão no dever de prestar contas, de prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, de infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico ou de desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos;
- IV - tenha entre seus dirigentes pessoa:
 - a) cujas contas relativas a parcerias tenham sido julgadas irregulares ou rejeitadas por tribunal ou conselho de contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos;
 - b) julgada responsável por falta grave e inabilitada para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, enquanto durar a inabilitação;

c) considerada responsável por ato de improbidade, enquanto durarem os prazos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa)”. (NR)

ECONOMICIDADE PARA RENOVAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO

XIII - Inclui o artigo 8º-E, parágrafo único e respectivos incisos e alíneas, com a seguinte redação:

“Artigo 8º-E. Qualquer alteração de contrato de gestão somente será efetivada se conter comprovação expressa de eficiência e economicidade dos gastos, com apresentação de parâmetros de custos e preços do mercado em comparação com aqueles praticados pela Secretaria de Estado competente”. (NR)

SUCESSÃO DE UMA ORGANIZAÇÃO SOCIAL PARA A OUTRA

XIV - Inclui o artigo 8º-F e seus respectivos incisos, com a seguinte redação:

“Artigo 8º-F. A sucessão dos direitos e obrigações de uma organização social por outra, ao término do contrato de gestão, observará as seguintes diretrizes:

I - estabelecimento de prazo de transição administrativa por um período de no mínimo 30 (trinta) e no máximo 90 (noventa) dias;

II - disponibilização de informações que garantam a apuração das obrigações, haveres e deveres que serão assumidos na sucessão;

III - a obrigação de proceder à sucessão trabalhista, de modo que os contratos trabalhistas do quadro de funcionários da unidade ou serviços gerenciados permaneçam inalterados;

IV - a exigência de que a organização social sucedida, antes do encerramento do período de transição administrativa contrate auditoria independente para promover análise de riscos de passivos trabalhista, previdenciário, tributário e civil, relacionados ao contrato de gestão que se encerrará.

§1º - A assunção dos direitos e obrigações de uma organização social por outra será formalizada por meio de termo de responsabilidade e de cláusula inserida nos contratos de gestão.

§ 2º - À pessoa jurídica cujo contrato de prestação de serviços seja rescindido pela organização social não será devida eventual multa rescisória, na hipótese de recontração pelo Poder Público ou por organização social que se sub-rogue no contrato de gestão rescindido.

§3º - O Poder Público deverá viabilizar os recursos necessários à organização social, quando da inexistência de recursos de contingência suficientes para pagamento do passivo apurado na sucessão que vier a se realizar.

§4º - Na hipótese de realização de passivos trabalhista, previdenciário, tributário ou civil, cuja responsabilidade venha a ser imputada a organização social, sucedida ou sucessora, decorrente de má gestão, negligência, culpa ou dolo, caberá ao Poder Público o direito de ser restituído dos recursos repassados para arcar com gastos desta natureza, sem prejuízo das demais sanções administrativas, civis e penais eventualmente cabíveis, assegurado o devido processo administrativo”. (NR)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E LIMITES À QUARTEIRIZAÇÃO

XV - Inclui o artigo 8º-G e seu parágrafo único, com a seguinte redação:

“Artigo 8º-G. Fica vedada, nos contratos de gestão, a subcontratação das atividades de gerenciamento das unidades, bem como aquelas atividades de natureza administrativa que se confundam com o escopo principal do contrato firmado, tais como consultoria jurídica, gestão de recursos humanos e departamento de compras, que coloquem a organização social na condição de mera intermediária”.

Parágrafo único. A Organização Social é solidariamente responsável pela inadimplência da subcontratada nos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários incidentes sobre a prestação de serviços ajustada em decorrência do contrato de gestão”. (NR)

BASE CENTRALIZADA DE DADOS

XVI - Inclui o § 4º no artigo 9º, com a seguinte redação:

“Artigo 9º (...)

(...)

§4º. As organizações sociais devem fazer uso de sistemas oficiais eletrônicos centralizados para o registro, coleta e transmissão de dados, que permitam, cumulativamente, apurar os indicadores de avaliação de desempenho, comparar o objeto previsto e o realizado e comparar a execução e os preços praticados com os serviços e aquisições com outros ajustes que reúnam condições similares”. (NR)

NÚCLEO FISCALIZATÓRIO

XVII - Inclui o artigo 9º-A, com a seguinte redação:

“Artigo 9º-A. A execução do contrato de gestão celebrado por organização social deverá ser fiscalizada por auditores da respectiva Secretaria em número compatível com a complexidade do trabalho, dotados de estrutura adequada correspondente, contando com o apoio técnico da Corregedoria Geral de Administração”. (NR)

TRANSPARÊNCIA E DADOS ABERTOS

XVIII - Inclui o artigo 12-A e seus incisos e parágrafos, com a seguinte redação:

“Artigo 12-A. As organizações sociais destinatárias de recursos públicos deverão divulgar, em seu sítio institucional, sob pena de serem desqualificadas, todas as informações detalhadas sobre suas atividades e resultados, fornecendo dados estruturados, padronizados e em formato aberto dos seguintes documentos:

I - estatuto social atualizado;

II - contratos de gestão, aditivos e demais ajustes firmados;

III - plano de trabalho;

IV - relação mensal dos conselheiros, administradores, dirigentes e funcionários da organização social, com respectivos cargos e salários;

V - relação mensal de prestadores de serviços, com a descrição detalhada da atividade efetuada, o nome dos sócios da empresa (se pessoa jurídica) e os respectivos valores pagos, bem como a íntegra dos contratos celebrados;

VI - relação mensal dos bens adquiridos com recursos provenientes do Poder Público e os respectivos valores pagos;

VII - balanços, demonstrações contábeis e relatórios financeiros;

VIII - regulamento e manual de compras e contratações, bem como os de recrutamento e seleção de pessoal;

IX - relatórios e tabelas de Prestação de Contas dos contratos de gestão;

§1º. Para efeitos do caput, considera-se dados abertos aqueles acessíveis ao público, representados em meio digital e estruturados em formato processável por máquina, disponibilizados por meio de licenças livres, que permitam sua livre utilização, consumo ou cruzamento.

§ 2º - As organizações sociais relacionadas à área da saúde deverão divulgar relação mensal dos médicos e enfermeiros que prestaram serviço em cada unidade gerenciada, inclusive por meio de pessoa jurídica, discriminando o nome, cargo, unidade e remuneração.

§ 3º - As organizações sociais relacionadas à área da saúde deverão divulgar relatório mensal informando, em cada unidade gerenciada, a taxa de ocupação, o tempo médio de permanência e o número de altas, de consultas médicas, de exames laboratoriais, de atendimentos de emergência, de cirurgias, de diárias de internação, de terapias venosas, de sessões de quimioterapia, de ecocardiogramas, de raio-X, de tomografias, de ultrassons, de sessões de hemoterapia e de faltas de pacientes em consultas”. (NR)

DESQUALIFICAÇÃO DA ENTIDADE COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL

XIX - Dê nova redação ao caput do artigo 18:

Artigo 18 - O Poder Executivo deverá proceder à desqualificação da entidade como organização social quando verificado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

Artigo 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Sala das Sessões, em 16/12/2020.

a) CPI-Quarteirizações