

Estudo sobre a aplicabilidade das disposições da Lei nº 13.019, de 21 de julho de 2014 aos ajustes celebrados pelo Ministério da Saúde com entidades civis sem fins lucrativos

Contrato de Serviço OPAS: SCON2016-02568

Contratada: Valéria Alpino Bigonha Salgado



# Estudo sobre a aplicabilidade das disposições da Lei nº 13.019, de 21 de julho de 2014 aos ajustes celebrados pelo Ministério da Saúde com entidades civis sem fins lucrativos

Contrato de Serviço OPAS:  
SCON2016-02568



## Sumário

1. Apresentação .....	6
A Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014 .....	8
1.1. Histórico da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014 .....	8
1.2. Principais conteúdos da Lei nº 13.019, de 2014 .....	10
2.2.1. Conceito de “organização da sociedade civil” .....	11
2.2.2. Definição de “parceria” .....	11
2.2.3. Termo de Colaboração e Termo de Fomento .....	12
2.2.4. Acordo de cooperação .....	12
2.2.5. Fundamentos, objetivos e diretrizes do regime jurídico das parcerias .....	12
2.2.6. Programas de Capacitação .....	14
2.2.7. Transparência .....	14
2.2.8. Conselho Nacional de Fomento e Colaboração .....	14
2.2.9. Chamamento público .....	14
2.2.10. Limitação ao uso dos convênios .....	15
2.2.11. Aplicação da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993 .....	16
2.2.12. Comissão de Seleção .....	17
2.2.13. Julgamento das propostas .....	17
2.2.14. Rito de julgamento das propostas .....	18
2.2.15. Requisitos exigidos das OSCs .....	18
2.2.16. Parecer técnico e jurídico sobre viabilidade da parceria .....	19
2.2.17. Contrapartida financeira .....	19
2.2.18. Inalienabilidade dos bens adquiridos no âmbito da parceria .....	19
2.2.19. Atuação em rede .....	19
2.2.20. Impedimentos da OSC .....	20
2.2.21. Cláusulas essenciais dos Termos de colaboração e de fomento ..	20
2.2.22. Doação de bens públicos às OSCs .....	20
2.2.23. Condições de uso dos recursos públicos transferidos para as OSCs	21
2.2.24. Exigência de conta bancária específica para depósito dos recursos públicos .....	21
2.2.25. Retenção das parcelas de recursos a serem transferidos à OSC ..	22
2.2.26. Monitoramento e avaliação da parceria .....	22
2.2.27. Conceito de Gestor .....	23
2.2.28. Prestação de contas pela OSC .....	23
2.2.29. Benefícios garantidos às OSCs e vedações .....	25
2.2.30. Inclusão .....	25

2.2.31.	Alteração na Lei nº 9.790, de 1999, que trata das OSCIPs.....	25
2.2.32.	Extinção dos modelos de parceria instituídos antes da vigência da Lei nº 13.019 .....	26
1.3.	Aspectos críticos da Lei nº 13.019, de 2014.....	27
1.3.1.	Natureza do regime jurídico instituído pela Lei nº 13.019 .....	27
1.3.2.	O controle de resultados na Lei nº 13.019 e a imposição de regras de direito público às entidades parceiras.....	34
1.3.3.	A possibilidade da atuação em rede.....	35
1.3.4.	Avaliação geral da Lei nº 13.019.....	36
1.4.	Situações em que não se aplicam as disposições da Lei nº 13.019, de 2014.....	38
1.4.1.	Os contratos de gestão com OSs e os termos de parceria com OSCIPs .....	39
1.4.2.	Os termos de compromisso cultural – Lei nº 13.018, de 2014. ....	40
1.4.3.	As transferências para as unidades executoras de programas financiados com recursos do FNDE.....	41
1.4.4.	Parcerias com serviços sociais autônomos .....	44
1.4.5.	Transferências a organismos internacionais e entidades constituídas por autoridades públicas ou órgãos e entidades públicos.....	44
1.4.6.	Convênios e contratos de assistência à saúde celebrados com entidades privadas, no âmbito do SUS .....	46
2.	A participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde prevista no art. 199 da Constituição Federal. ....	47
2.1.	O Sistema Único de Saúde .....	47
2.2.	A participação complementar da iniciativa privada no SUS, segundo a Lei nº 8080, de 1990 .....	51
2.3.	Parceria entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos, na prestação de serviços assistenciais de saúde à população.....	54
2.4.	Contratação de serviços privados no SUS para complementação da assistência à saúde	57
3.	Aplicação da Lei nº 13.019, de 2014 aos ajustes celebrados no âmbito do SUS.....	60
3.1.	Parcerias com previsão legal.....	60
3.2.	Parcerias com entidades previamente credenciadas pelo Gestor do SUS.....	61
3.3.	Parcerias com OSs ou OSCIP para a realização de atividades no âmbito do SUS não enquadráveis no regime de complementariedade.....	61
3.4.	Outras transferências de recursos públicos a entidades civis sem fins lucrativos....	62
5.	Conclusões.....	63
6.	Bibliografia .....	66

## 1. Apresentação

O presente documento corresponde ao Produto I do Contrato de Serviços SCON2016-02568, celebrado entre a Organização Pan-Americana da Saúde e a autora, com data de entrega programada para junho de 2016.

Na forma prevista no mencionado Contrato, o Produto I contempla documento contendo estudo sobre a aplicabilidade das disposições da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, aos ajustes celebrados pelo Ministério da Saúde com entidades civis sem fins lucrativos.

O estudo se justifica em razão das profundas alterações que a mencionada lei promoveu no ordenamento jurídico nacional que rege a formação de parcerias entre Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos, na execução de projetos e atividades de interesse público e recíproco, especialmente no âmbito das políticas públicas sociais.

O citado Diploma Legal aprovou novo regime jurídico, de âmbito nacional, prevendo dois novos modelos de ajustes, denominados termo de fomento e termo de colaboração, em substituição ao convênio, que a partir da promulgação do mencionado Diploma Legal teve seu uso restringido às relações de cooperação entre órgãos e entidades administrativas e a alguns casos específicos de parceria já existentes na legislação.

Além disso, estabeleceu a obrigatoriedade de realizar chamamento público para seleção da entidade parceira, salvo em exceções que especifica; e estabeleceu procedimentos para a condução das parcerias, sobretudo daquelas que envolverem transferências de recursos públicos para as entidades parceiras.

A Lei promoveu, também ajustes na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre sanções aplicáveis a agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito; assim como na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que trata do modelo de qualificação de organizações da sociedade civil sem fins lucrativos – OSCIP.

Assim, o presente estudo tem como objetivo fazer uma análise das principais disposições da Lei nº 13.019, de 2014, assim como do seu impacto nos ajustes celebrados pelos órgãos e entidades públicos no âmbito do SUS e sugerir medidas a serem adotadas pelo Ministério da Saúde, com vistas à adequação de seus processos de

parceria com entidades civis sem fins lucrativos assim como de articulação com os demais órgãos e entidades que compõem o Sistema Único de Saúde para avaliar a necessidade de medidas sistêmicas em relação ao assunto.



# A Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014

## 1.1. Histórico da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014

Conhecida como “*novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil*”, a Lei nº 13.019 é o resultado de um trabalho iniciado em 2010, sob a coordenação da Secretaria de Governo da Presidência da República (extinta Secretaria-Geral), com envolvimento de representantes de entidades civis sem fins lucrativos de âmbito nacional e órgãos da administração pública, com o objetivo de atualizar as regras jurídico-administrativas aplicadas aos ajustes celebrados entre o Poder Público e as entidades civis sem fins lucrativos<sup>42</sup>, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, no campo das políticas sociais.

Apesar de ter objetivado aperfeiçoar o ambiente jurídico e institucional no tocante às relações de parceria entre a Administração Pública e as entidades civis, o texto legal foi recebido com críticas, em razão de impropriedades e equívocos conceituais presentes em seu texto, além do conteúdo extenso e procedimental, que incluiu matérias de indiscutível natureza infralegal, em seus 420 dispositivos, dentre parágrafos, incisos e alíneas, distribuídos em 84 artigos<sup>43</sup>, (vide item 1.1).

O art. 88 da Lei previa que suas disposições deveriam entrar em vigor no prazo de 90 dias a contar de sua aplicação, ou seja, em outubro de 2014. Entretanto, antes que esse prazo se esgotasse, a sua vigência foi adiada para Julho de 2015, por meio da Medida Provisória nº 658, a pedido de diversos órgãos e entidades públicas, entidades municipalistas e representantes da sociedade civil, que se manifestaram formalmente junto ao Governo Federal, solicitando maior prazo para a assimilação e a adaptação às novas regras.

---

<sup>42</sup> O art. 6º do Decreto nº 7.568, de 16 de setembro de 2011, criou Grupo de Trabalho interministerial, com participação de representantes de entidades civis sem fins lucrativos com atuação nacional, com a finalidade de avaliar, rever e propor aperfeiçoamentos na legislação federal relativa à execução de programas, projetos e atividades de interesse público e às transferências de recursos da União mediante convênios, contratos de repasse, termos de parceria ou instrumentos congêneres. Conforme informação disponível na página do MROSC, na internet (<http://www.secretariadegoverno.gov.br/iniciativas/mrosc>),  
<sup>43</sup> A Lei nº 13.019 teve 4 artigos vetados na etapa de sanção presidencial.

A Senadora Gleise Hoffmann, designada como relatora da Comissão Mista constituída no Senado para analisar a matéria, apresentou projeto de lei de conversão (PLV) que acrescia mais de 50 novas disposições ao texto original Lei. O PLV não chegou a ser votado. O Presidente da Câmara dos Deputados decidiu não considerar as emendas apresentadas, por entendê-las estranhas ao objeto da medida provisória e converteu a MP em lei, com o texto original do Governo Federal.

Com a aproximação da data em que a lei entraria em vigor, o Governo Federal emitiu nova medida provisória – a MP nº 684 de 21 de julho de 2015, que prorrogou o prazo de vigência da Lei por mais seis meses. No processo de conversão da MP nº 658, foram reapresentadas à Comissão Mista destinada a emitir parecer sobre matéria, muitas das emendas anteriormente incluídas no relatório da Senadora Gleise Hoffmann, além de novas emendas parlamentares e propostas de especialistas e de representantes de órgãos e entidades públicas, assim como de entidades civis, acolhidas pelo Deputado Eduardo Barbosa, nomeado relator do projeto.

Na área da saúde, destacaram-se as atuações determinantes do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde – CONASEMS, do Conselho Nacional de Saúde – CNS e da Confederação das Misericórdias do Brasil – CMB que objetivaram, especialmente, alterar o Diploma Legal para afastar a aplicação de suas disposições aos ajustes celebrados pelo Poder Público com entidades civis sem fins lucrativos, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Em dezembro de 2015, a MP nº 684 foi aprovada na forma de Projeto de Lei de Conversão nº 21/2015 apresentado pela Comissão Mista, e convertida na Lei nº 13.204, de 2015, que alterou, não apenas a vigência, mas 272 dos 439 dispositivos originais da Lei nº 13.019, de 2014 (62%), dentre novas redações e revogações; e acresceu outros 102 dispositivos (novos parágrafos, incisos e alíneas).

O texto da Lei nº 13.019 que entrou em vigor foi, portanto, o de uma nova lei, profundamente alterado pela Lei nº 13.204, de 2015, que conseguiu corrigir algumas das graves incorreções conceituais<sup>44</sup> e

---

<sup>44</sup> Como exemplo de incorreções conceituais da Lei nº 13.019, sanadas pela Lei nº 13.204, podem ser citadas as supressões, pela Lei nº 13.204, de 2015, das seguintes exigências impostas às entidades parceiras pelo texto original da Lei nº 13.019, de 2014: (a) submeter-se a regras financeiras e de contabilidade

minimizou, em grande parte, a má qualidade da técnica legislativa<sup>45</sup> do texto original da Lei 13.019. Não conseguiu, entretanto, ajustar o seu conteúdo procedimental, com matérias indiscutivelmente de cunho normativo.

Ressalte-se que, fruto da articulação e negociação do CNS, CONASEMS, CONASS e CMB, e especialistas convidados junto a diversos parlamentares, especialmente os da Comissão Mista responsável pelo PLV nº 21/2015, foi incluído o inciso IV, no art. 3º da Lei nº 13.019, que afasta os convênios e contratos celebrados com entidades sem fins lucrativos na área da saúde, sob a égide do §1º do art. 199 da Constituição Federal, da observância de seus regramentos

Em 2016, o Poder Executivo Federal aprovou norma regulamentadora da Lei nº 13.019 - Decreto nº 8.726, de 27 de abril de 2016 - constituído por 94 artigos, distribuídos em 12 capítulos, que detalham, de forma exaustiva, as determinações legais. A norma revogou, ainda, os Decretos nº 50.517, de 1961, nº 60.931, de 1967; e nº 3.415, de 2000, que dispunham sobre a declaração de utilidade pública.

## 1.2. Principais conteúdos da Lei nº 13.019, de 2014

A Lei nº 13.019, de 2014, reformada pela Lei nº 13.214, de 2015, estabelece regras e procedimentos a serem observados nos ajustes

---

claramente de natureza pública; (b) apresentar regulamento de compras e contratações, próprio ou de terceiro, aprovado pela administração pública celebrante; (c) exigir de seus fornecedores a autorização de acesso livre a servidores ou empregados públicos, inclusive de órgãos de controle. Essas imposições atentavam contra a liberdade de organização e funcionamento dessas pessoas jurídicas de direito privado, criadas por particulares; e (d) a observar regras de contabilidade financeira, de movimentação e aplicação de recursos e de prestação de contas semelhantes às aplicáveis aos órgãos e entidades da Administração Pública, indiscutivelmente tingidas pelo direito público. Não há respaldo constitucional para submeter organizações da sociedade civil aos controles de legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência de seus atos de gestão. Esses controles são próprios dos seus órgãos de decisão superior; ou seja, a sua Assembleia Geral e os Conselhos de Administração e Fiscal. É bom lembrar que o Direito Público não alcança os atos de gestão das entidades civis, regidas que são pelo Direito Privado e protegidas da interferência estatal pelo inciso XVIII do art. 5º da Constituição (SALGADO, 2015).

<sup>45</sup> Verificam-se, ao longo do texto da lei, vários dispositivos cujas redações podem ser criticadas quanto à sua clareza e objetividade, com uso de expressões ou palavras que possibilitam duplo sentido ao texto; contradições entre dispositivos; sistematização das matérias que não facilitam a compreensão do diploma legal como um todo; dentre outras.

celebrados entre os órgãos e entidades públicos, das três esferas de governo, e organizações da sociedade civil, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, em regime de mútua cooperação. Seus principais conteúdos estão listados a seguir.

### 2.2.1. Conceito de “organização da sociedade civil”

O universo de entidades incluídas no conceito de “*organização da sociedade civil*” adotado no Diploma Legal, ora sob estudo, é mais abrangente do que o conceito de “*entidades civis sem fins lucrativos*”<sup>46</sup>, uma vez que alcança tanto as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos – fundações e associações civis e organizações religiosas<sup>47</sup> – quanto as sociedades cooperativas previstas na Lei no 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social; previstas no Código Civil como sociedade simples, independentemente de seu objeto.

Ressalte-se que as leis federais, estaduais e municipais que tratam dos modelos de qualificação de organizações sociais - OS e organizações da sociedade civil sem fins lucrativos - OSCIP restringem o universo de entidades qualificáveis às entidades civis sem fins lucrativos. Também a Lei Federal nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, limita essa certificação às entidades civis sem fins lucrativos.

### 2.2.2. Definição de “parceria”

Define parceria como o conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente

---

46 O §3º do art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, considera “entidade civil sem fins lucrativos” como aquela que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

47 A Lei inclui no conceito de OSC as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social.

entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

### 2.2.3. Termo de Colaboração e Termo de Fomento

Institui dois novos instrumentos para a celebração de parcerias que envolvam transferência de recursos financeiros – o termo de colaboração, utilizado nos casos em que a iniciativa da parceria for da Administração Pública e o termo de fomento, quando a proposição da parceria partir da OSC. A principal diferenciação jurídica entre os dois instrumentos é a origem da iniciativa da parceria; no mais não há diferenciações relevantes entre os dois termos, quanto ao conceito, procedimentos de celebração, monitoramento e avaliação e prestação de contas.

### 2.2.4. Acordo de cooperação

Conceitua acordo de cooperação como o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias entre a administração pública e as OSCs que não envolvam a transferência de recursos financeiros.

Estabelece requisitos e procedimentos a serem observados pela Administração Pública na celebração de acordos de cooperação e estende a eles a observância dos regramentos sobre chamamento público; celebração do instrumento de parceria; sanções a serem aplicadas às OSCs em caso de execução da parceria em desacordo com o plano de trabalho e as normas legais aplicáveis; e transparência e divulgação das ações. No caso do chamamento público, a lei obriga a realização de chamamento público para a seleção da OSC parceira, quando a celebração do acordo de cooperação envolver comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial.

### 2.2.5. Fundamentos, objetivos e diretrizes do regime jurídico das parcerias

Relativamente aos fundamentos a serem observados pelos órgãos e entidades públicos na celebração de parcerias com OSCs, a lei não

inova, limitando-se a ratificar, de forma desnecessária, a incidência dos princípios constitucionais: gestão pública democrática, participação social, fortalecimento da sociedade civil, transparência na aplicação dos recursos públicos, princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia (art. 5º, *caput*).

Os dispositivos que tratam dos “objetivos”<sup>48</sup> do regime jurídico de parceria (incisos I a IX do art. 5º) não primam pela objetividade e, em sua maioria, podem ser criticados quanto às suas pertinência e relevância como fundamentos orientadores, para os agentes públicos e privados, em suas relações de cooperação mútua. Apenas o inciso IV – parece ter relação com a matéria tratada no Diploma Legal.

*Art. 5o O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, destinando-se a assegurar:*

*I - o reconhecimento da participação social como direito do cidadão;*

*II - a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade para a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva;*

*III - a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável;*

*IV - o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas;*

*V - a integração e a transversalidade dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social;*

*VI - a valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa;*

*VII - a promoção e a defesa dos direitos humanos;*

*VIII - a preservação, a conservação e a proteção dos recursos hídricos e do meio ambiente;*

*IX - a valorização dos direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais;*

*X - a preservação e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial.*

*Art. 6o São diretrizes fundamentais do regime jurídico de fomento ou de colaboração:*

Dentre as *diretrizes fundamentais* do regime jurídico de parceria, estabelecidas no art. 6º, destaca-se a diretriz II, da priorização do controle de resultados.

<sup>48</sup> Embora não utilize o termo “objetivos”, o *caput* do art. 5º da Lei estabelece que o contido nos seus incisos I a IX correspondem “aos fins que o regime jurídico está destinado a assegurar”.

## 2.2.6. Programas de Capacitação

Dispõe que a União, em conjunto com os Estados, o Distrito Federal; os Municípios e as OSC, poderá instituir programas de capacitação de gestores, conselheiros e de representantes da sociedade civil organizada para a condução e a participação em processos de parceria público-privada.

## 2.2.7. Transparência

Estabelece normas de transparência das informações relativas às parcerias celebradas pelos órgãos e entidades públicos, com a publicação dessas informações na internet.

## 2.2.8. Conselho Nacional de Fomento e Colaboração

Autoriza a criação de um conselho nacional de fomento e colaboração, de composição paritária cuja finalidade seja a divulgar boas práticas e de propor e apoiar políticas e ações voltadas ao fortalecimento das relações de fomento e de colaboração.

## 2.2.9. Chamamento público

Prevê o chamamento público como procedimento prévio obrigatório nos processos de celebração de termos de fomento ou de colaboração; a exceção dos termos que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e dos casos que especifica como dispensável ou inexigível.

Dispensa a realização de chamamento nas seguintes situações:

- a) em casos de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralização de atividades de relevante interesse público;
- b) em caso de guerra; calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;
- c) nos programas de proteção a pessoas ameaçadas;
- d) termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público;

- e) nas atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Considera inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de *competição* entre as OSCs, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando:

- a) o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos; e
- b) a parceria decorrer de transferência que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária.

Exige que o administrador público apresente justificativa nos casos em que não realizar o chamamento público e publique o seu extrato na internet, podendo essa justificativa ser impugnada.

Dispõe sobre o conteúdo mínimo do edital de chamamento público e prevê a possibilidade da interposição de recurso administrativo.

Veda a inclusão, nos editais de chamamento, de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o *seu caráter competitivo* em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria, mas admite que; (a) a limitação do chamamento a “*concorrentes*” sediados ou com representação atuante e reconhecida na unidade da Federação onde será executado o objeto da parceria; e (b) a inserção de cláusula que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades ou da execução de projetos, conforme estabelecido nas políticas setoriais.

### 2.2.10. Limitação ao uso dos convênios

Restringe o uso dos convênios às relações de cooperação entre órgãos e entidades públicos e aos convênios mencionados no § 1º do art. 199 da Constituição Federal, celebrados entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos com vistas à complementação de serviços assistenciais à população, no âmbito do Sistema Único de Saúde.



## 2.2.11. Aplicação da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993

A Lei nº 13.019, de 2014 afasta a aplicação da Lei nº 8.666, de 1999 das parcerias estabelecidas conforme os seus ditames.

Adicionalmente, e fora do escopo da matéria que se propõe a disciplinar - qual seja, o regime jurídico das parcerias entre Administração Pública e entidades privadas classificáveis como OSCs - o parágrafo único do seu art. 84 ratifica (desnecessariamente!) a aplicação do art. 116 da Lei nº 8.666, de 1999, no que couber, aos convênios e outros ajustes celebrados entre entes federados (órgãos da administração pública direta) ou pessoas jurídicas a eles vinculadas (entidades da administração pública indireta).

O inciso II do parágrafo único do art. 84 da Lei nº 13.019 estende, a observância do art. 116 da Lei nº 8.666 aos convênios celebrados pelo Poder Público para complementação de serviços de assistência à saúde à população, ao amparo do §1º do art. 199 da Constituição Federal.

### LEI N 8.666, DE 1993

*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.*

*§ 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.*

*§ 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:*

*I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de*

*fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;*

*II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;*

*III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo participante repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.*

*§ 4o Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.*

*§ 5o As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.*

*§ 6o Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.*

### 2.2.12. Comissão de Seleção

Exige a constituição de uma comissão de seleção, constituída por servidores públicos; para julgar as propostas e eleger a(s) OSC(s) que serão convidadas a celebrar a(s) parceria(s).

### 2.2.13. Julgamento das propostas

Estabelece como critérios obrigatórios do julgamento das propostas, o seu grau de adequação aos objetivos específicos do programa ou da ação em que se insere o objeto da parceria e, quando for o caso, ao valor de referência constante do chamamento. No caso de ser escolhida proposta que não for a mais adequada ao valor de

referência constante do chamamento público, a seleção deve ser obrigatoriamente justificada.

#### 2.2.14. Rito de julgamento das propostas

Estabelece rito de análise das propostas semelhante ao da licitação: somente após encerrada a *etapa competitiva e ordenadas as propostas* é que a Administração Pública pode verificar se a OSC atende aos requisitos estatutários exigidos pela lei. Quando a OSC selecionada não atender aos requisitos, a Administração Pública poderá convidar a OSC imediatamente mais bem classificada para celebrar a parceria, nos termos da proposta por ela apresentada. Apenas se essa aceitar, é que seus documentos serão analisados para comprovar o atendimento aos requisitos legais.

#### 2.2.15. Requisitos exigidos das OSCs

Dispõe os requisitos exigidos das OSCs para que possam celebrar termo de colaboração ou de fomento com o Poder Público e os documentos que devem apresentar, dentre eles:

- a) ter objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social;
- b) ter previsão estatutária de reversão do patrimônio líquido em favor de outra pessoa jurídica de igual natureza, em caso de sua dissolução;
- c) ter escrituração de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade e com as Normas Brasileiras de Contabilidade;
- d) ter, no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los;
- e) ter experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante;
- f) ter instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas.

## 2.2.16. Parecer técnico e jurídico sobre viabilidade da parceria

Exige que, antes da parceria ser celebrada sejam emitidos:

- a) parecer de órgão técnico da administração pública, prévio à realização do chamamento público, que se pronuncie sobre o mérito da proposta, a identidade e a reciprocidade de interesse das partes na realização, em mútua cooperação; a viabilidade da execução da parceria, dentre outros: e
- b) parecer jurídico do órgão de assessoria ou consultoria jurídica da administração pública acerca da possibilidade de celebração da parceria.

## 2.2.17. Contrapartida financeira

Dispõe que não será exigida da OSC parceria contrapartida financeira como requisito para celebração de parceria, facultada a exigência de contrapartida em bens e serviços cuja expressão monetária será obrigatoriamente identificada no termo de colaboração ou de fomento.

## 2.2.18. Inalienabilidade dos bens adquiridos no âmbito da parceria

Exige que, no caso da OSC parceira adquirir equipamentos e materiais permanentes com recursos provenientes da celebração da parceria, o bem seja gravado com cláusula de inalienabilidade, e ela deverá formalizar promessa de transferência da propriedade à administração pública, na hipótese de sua extinção.

## 2.2.19. Atuação em rede

Institui a “atuação em rede”, por duas ou mais organizações da sociedade civil, mantida a integral responsabilidade da organização celebrante do termo de fomento ou de colaboração, que deve ter mais de 5 anos de inscrição no CNPJ, e capacidade técnica e operacional para supervisionar e orientar diretamente a atuação da organização que com ela estiver atuando em rede.

## 2.2.20. Impedimentos da OSC

Estabelece as condições de impedimento da OSC para a celebração de parcerias com o Poder Público.

## 2.2.21. Cláusulas essenciais dos Termos de colaboração e de fomento

Dispõe as cláusulas essenciais dos termos de colaboração ou de fomento, dentre elas:

- a) a obrigação da OSC parceira manter e movimentar os recursos em conta bancária específica;
- b) o livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto;
- c) a responsabilidade exclusiva da OSC parceria pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal;
- d) a responsabilidade exclusiva da OSC parceira pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução.

## 2.2.22. Doação de bens públicos às OSCs

Autoriza o gestor público a doar à OSC parceria os bens remanescentes adquiridos com recursos públicos no âmbito da parceria.

### 2.2.23. Condições de uso dos recursos públicos transferidos para as OSCs

Veda que a OSC parceira utilize recursos públicos transferidos no âmbito da parceria em finalidade alheia ao objeto da parceria; assim como o pagamento, a qualquer título, de servidor ou empregado público com recursos vinculados à parceria, salvo nas hipóteses previstas em lei específica e na lei de diretrizes orçamentárias.

Autoriza o uso dos recursos públicos vinculados à parceria para o pagamento de:

- a) remuneração do pessoal da OSC encarregado da execução do plano de trabalho da parceria, inclusive despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais e trabalhistas;
- b) diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exija;
- c) custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria;
- d) aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais.

### 2.2.24. Exigência de conta bancária específica para depósito dos recursos públicos

Dispõe que a OSC deve depositar os recursos públicos recebidos no âmbito da parceria em conta bancária específica isenta de tarifa bancária na instituição financeira pública determinada pela administração pública; e que os rendimentos de ativos financeiros deverão ser aplicados no objeto da parceria, estando sujeitos às mesmas condições de prestação de contas exigidas para os recursos transferidos. Estabelece, ainda, que em caso de conclusão, denúncia, rescisão ou extinção da parceria, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à administração pública no prazo improrrogável de trinta dias, sob pena de imediata instauração de tomada de contas especial do responsável,

providenciada pela autoridade competente da administração pública.

Exige que toda a movimentação de recursos no âmbito da parceria seja realizada mediante transferência eletrônica sujeita à identificação do beneficiário final e à obrigatoriedade de depósito em sua conta bancária; e que os pagamentos sejam realizados mediante crédito em conta bancária dos fornecedores e prestadores de serviços, podendo ser admitido pagamento em espécie apenas quando houver impossibilidade física de pagamento via transferência eletrônica.

#### 2.2.25. Retenção das parcelas de recursos a serem transferidos à OSC

Prevê a retenção das parcelas de recursos a serem transferidos à OSC parceria - quando houver evidências de irregularidade na aplicação de parcela anteriormente recebida; quando constatado desvio de finalidade na aplicação dos recursos ou o inadimplemento da OSC em relação a obrigações estabelecidas no termo de colaboração ou de fomento; quando a OSC deixar de adotar sem justificativa suficiente as medidas saneadoras apontadas pela administração pública ou pelos órgãos de controle interno ou externo.

#### 2.2.26. Monitoramento e avaliação da parceria

Autoriza a Administração Pública a valer-se do apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos para a realização das suas atividades de monitoramento e avaliação da parceria com a OSC.

Estabelece que, nas parcerias com vigência superior a 1 (um) ano, a administração pública realize, sempre que possível, pesquisa de satisfação com os beneficiários do plano de trabalho e utilize os resultados como subsídio na avaliação da parceria celebrada e do cumprimento dos objetivos pactuados, bem como na reorientação e no ajuste das metas e atividades definidas.

Exige a constituição de uma comissão de monitoramento e avaliação constituída de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou

emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública.

O administrador deve emitir relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria e submetê-lo à comissão de monitoramento e avaliação que o homologará.

Estabelece que a execução da parceria será acompanhada e fiscalizada pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera de governo.

### 2.2.27. Conceito de Gestor

Diferencia os conceitos específicos para os termos “gestor” e “administrador público”, muitas vezes utilizados na literatura administrativa como sinônimos:

- a) gestor é o agente público responsável pela gestão de parceria celebrada por meio de termo de colaboração ou termo de fomento, designado por ato publicado em meio oficial de comunicação, com poderes de controle e fiscalização; e
- b) administrador público: agente público revestido de competência para assinar termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação com organização da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, ainda que delegue essa competência a terceiros;

Estabelece, como obrigações do gestor da parceria, o acompanhamento e a fiscalização da execução da parceria; a informação ao seu superior hierárquico quanto houver indícios de irregularidades na condução da parceria ou fatos que possam comprometer os seus resultados; a disponibilização de materiais e equipamentos tecnológicos à equipe responsável pelo monitoramento e avaliação da parceria e a emissão de parecer técnico conclusivo de análise da prestação de contas da entidade parceira.

### 2.2.28. Prestação de contas pela OSC

Estabelece sobre a prestação de contas pela OSC parceira, obrigatória e ao término de cada exercício e prevê:



- a) que o regulamento estabelecerá procedimentos simplificados para prestação de contas;
- b) a prestação de contas da OSC deve permitir ao gestor avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados, até o período de que trata a prestação de contas.
- c) a glosa de valores relacionados a metas e resultados descumpridos sem justificativa suficiente.
- d) que os dados financeiros devem ser analisados com o intuito de estabelecer o nexo de causalidade entre a receita e a despesa realizada, a sua conformidade e o cumprimento das normas pertinentes;
- e) que a prestação de contas e todos os atos que dela decorram devem ser realizados em plataforma eletrônica, permitindo a visualização por qualquer interessado;
- f) que a prestação de contas implicará a entrega, pela OSC, do relatório de execução do objeto e do relatório de execução financeira;
- g) que a administração pública deverá considerar em sua análise o relatório de visita técnica in loco eventualmente realizada durante a execução da parceria; o - relatório técnico de monitoramento e avaliação, homologado pela comissão de monitoramento e avaliação;
- h) que o gestor deve emitir parecer técnico de análise de prestação de contas da parceria celebrada;
- i) que o Administrador Público, ao se manifestar conclusivamente sobre a prestação de contas da OSC deve concluir, alternativamente, pela: aprovação da prestação de contas; aprovação da prestação de contas com ressalvas; ou rejeição da prestação de contas e determinação de imediata instauração de tomada de contas especial;
- j) que quando constatada irregularidade ou omissão na prestação de contas, a Administração Pública deve conceder prazo para a OSC sanar a irregularidade ou cumprir a obrigação;
- k) que se as irregularidades ou omissões não forem sanadas pela OSC, no prazo concedido, o Administrador Público deve adotar as providências para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis, quantificação do dano e obtenção do ressarcimento, sob pena de responsabilidade solidária; dentre outros.

### 2.2.29. Benefícios garantidos às OSCs e vedações

A Lei garante às OSCs, independentemente de certificação (art. 84-B):

- a) receber doações de empresas, até o limite de 2% (dois por cento) de sua receita bruta;
- b) II - receber bens móveis considerados irrecuperáveis, apreendidos, abandonados ou disponíveis, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil;
- c) III - distribuir ou prometer distribuir prêmios, mediante sorteios, vale-brindes, concursos ou operações assemelhadas, com o intuito de arrecadar recursos adicionais destinados à sua manutenção ou custeio.

No entanto, para fazer jus a esses “benefícios”, a OSC não pode participar de campanhas de interesse político-partidário e eleitorais e deve contemplar, em seu estatuto social finalidades sociais, tais como a promoção de assistência social; da cultura, da defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; da educação; da saúde; da segurança alimentar e nutricional; da defesa, preservação e conservação do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável; do voluntariado; ou do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; dentre outros previstos no art. 84-C.

### 2.2.30. Inclusão

Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, para reforçar que as suas disposições aplicam-se aos casos de ilicitudes na condução das parcerias.

### 2.2.31. Alteração na Lei nº 9.790, de 1999, que trata das OSCIPs

Altera o art. 1º da Lei de OSCIP para:

- a) limitar a qualificação como OSCIP apenas às entidades que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, três anos;
- b) incluir a possibilidade de qualificar como OSCIPs as entidades civis sem fins lucrativos com objetivo de realizar estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte;
- c) retirar a vedação da parte final do parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.790, de 1999, e permitir que os servidores públicos que participem da composição de conselho ou diretoria de OSCIP, possam ser remunerados por essa participação.

Acrescer um artigo na Lei que trata do processo de prestação de contas, pela OSCIP, da execução do Termo de Parceria, prevendo que essa prestação de contas refere-se à *“correta aplicação dos recursos públicos recebidos e ao adimplemento do objeto do Termo de Parceria”*, exigindo que a entidade civil apresente os seguintes documentos:

- I. relatório anual de execução de atividades, contendo especificamente relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, bem como comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados;
- II. II - demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução;
- III. extrato da execução física e financeira;
- IV. demonstração de resultados do exercício;
- V. balanço patrimonial;
- VI. demonstração das origens e das aplicações de recursos;
- VII. demonstração das mutações do patrimônio social;
- VIII. notas explicativas das demonstrações contábeis, caso necessário;
- IX. parecer e relatório de auditoria, se for o caso.

### 2.2.32. Extinção dos modelos de parceria instituídos antes da vigência da Lei nº 13.019

Determina que as parcerias celebradas pelo Poder Público antes da entrada em vigência da Lei passem a observar, de forma subsidiária, os seus ditames até o final de sua vigência; e que aquelas que houverem sido firmadas por prazo indeterminado sejam substituídas por termos de fomento ou colaboração ou, ainda, sejam objeto de rescisão unilateral pela administração pública (art 83).

### 1.3. Aspectos críticos da Lei nº 13.019, de 2014

Inicialmente, é importante reconhecer que as emendas introduzidas na Lei nº 13.019, de 2014, pela Lei nº 13.204, de 2015, conseguiram minimizar muitos dos equívocos jurídicos e conceituais presentes no texto original da Norma. Entretanto, ainda restaram dispositivos do Diploma Legal que geram incertezas e suscitam questionamentos.

#### 1.3.1. Natureza do regime jurídico instituído pela Lei nº 13.019

Um aspecto a arguir, sobre as disposições da Lei nº 13.019, é a natureza do regime jurídico que ela estabelece – se, realmente, disciplina as relações de parceria e fomento público a entidades civis sem fins lucrativos, na implementação de projetos de interesse público e recíproco, como declarado na sua ementa e ratificado em diversos de seus dispositivos; ou se é uma legislação de contratação de serviços junto a entidades civis sem fins lucrativos e sociedades cooperativas, alternativa à Lei nº 8.666, de 1993.

Para melhor esclarecer a fonte dessa dúvida, é preciso analisar as definições de fomento público e compra de serviços, no âmbito do Direito Público, especialmente, no que se refere às suas diferenças conceituais.

A doutrina atual tem conceituado fomento público como atividade administrativa realizada no objetivo de induzir e incentivar o Terceiro Setor a atuar na realização de atividades de relevância e interesse social. Nessa perspectiva, o fomento é uma função exercida pela Administração Pública que envolve a suplementação de recursos, a entidades civis sem fins lucrativos que prestem serviços essenciais, como estratégia de estímulo direto à sua atuação em prol do interesse público – suplementação no sentido de destinação de recursos adicionais, que objetivam auxiliar a entidade beneficiária no desenvolvimento das atividades de interesse público que essa já exerce, por direito próprio, em consonância com suas finalidades estatutárias.

É precisamente nesse sentido que o Decreto-Lei nº 4.320, de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para os orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios, trata os recursos destinados a entidades civis sem fins lucrativos que não correspondam ao pagamento pela contraprestação direta em bens e

serviços, enquadrando-os como “subvenções sociais” (elemento de despesa 43), dentro da modalidade de despesa “transferências correntes<sup>49</sup>”(modalidade 50). Adicionalmente, o DL nº 4.320, orienta que a concessão de subvenções sociais deve ocorrer sempre que o incentivo financeiro a entidades privadas (suplementação de recursos) revelar-se mais econômico (e mais adequado) para garantir a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional à população.

*LEI Nº 4.320, DE 1964*

*Art. 16. Fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras 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 esses objetivos, revelar-se mais econômica.*

*Parágrafo único. 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.*

O Decreto nº 93.872<sup>50</sup>, de 1986, trata da subvenção social nos arts. 58 a 63, dispondo que essa deve ser concedida, independentemente de legislação especial, a instituições públicas e privadas de caráter assistencial ou cultural sem finalidade lucrativa, visando a prestação dos serviços essenciais de assistência social, médica e educacional; mediante a observância dos critérios e condições de concessão que estabelece.

Ainda que não tenham sido revogados explicitamente, os mencionados dispositivos do Decreto nº 93.872, de 1986, têm sido atualizados, ano a ano, pelas sucessivas Leis de Diretrizes Orçamentárias – LDO aprovadas pela União que, a partir de 2005, passaram a contemplar, reiteradamente, subseção específica sobre

<sup>49</sup> O § 2º do art. 12 da Lei nº 4.320, de 1964 define “Transferências correntes” como “dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado” e as classifica como: (a) subvenções sociais, quando voltadas ao custeio de atividades de instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; e (b) subvenções econômicas, quando voltadas ao custeio de atividades de empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoral (§3º).

<sup>50</sup> Esse decreto dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. Seus dispositivos sobre acordos, convênios e ajustes foram revogados pelo Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007.

as transferências para o setor privado, dispondo sobre subvenções sociais e contribuições correntes a entidades civis sem fins lucrativos, formalizadas pelo instituto do convênio ou instrumento congênere.<sup>51</sup>

Passados mais de meio século, desde que a Lei nº 4.320 dispôs sobre a subvenção social, surgiram no ordenamento jurídico nacional outras variantes de fomento público, a exemplo dos modelos previstos nas Leis Federais nº 9.637, de 1998 e nº 9.790, de 1999, das organizações sociais e das OSCIPs, respectivamente. Em ambas as leis, as áreas de atuação das entidades civis fomentadas são mais abrangentes do que as estabelecidas para a concessão de subvenções sociais<sup>52</sup>; há definição de requisitos específicos para a qualificação das entidades beneficiárias; e são previstos modelos de avaliação dos resultados e de prestação de contas pelas entidades baseados no controle de resultados.

Especialmente a partir dessas leis, o termo “fomento” passou a ser utilizado para nominar “as transferências de recursos a entidades civis sem fins lucrativos”, vinculados ao cumprimento de metas de desempenho na implementação do projeto ou atividade de interesse público, objeto da parceria<sup>53</sup>. Por falta de enquadramento

---

<sup>51</sup> Na Lei nº 13.242, de 30 de dezembro de 2015, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2016, as disposições sobre as transferências para entidades civis sem fins lucrativos constam dos arts. 71 a 75 e 83 a 87.

Aliás, é importante ressaltar que a partir da LDO de 2005, as leis de diretrizes orçamentárias passaram a tratar do regime jurídico de parcerias do Poder Público com entidades do terceiro setor - tema estranho à matéria orçamentária, já estabelecido em outras normas legais, favorecendo a ocorrência de uma série de antinomias jurídicas, indo de encontro a legislações específicas. Como exemplo, pode-se citar o texto da LDO 2014, que estabeleceu a obrigatoriedade de realização de processo seletivo para que o Poder Público celebre termo de parceria com entidades qualificadas como OSCIPs (art. 58, §6º, inciso I), quando a Lei nº 9.790, de 1999 e seu decreto regulamentador estabeleciam somente a possibilidade e não a obrigatoriedade. No mesmo art. 58, a vedação disposta no §3º conflitou com a previsão da Lei nº 9.637, de 1998, sobre a participação de membros do Poder Público no órgão superior de governança da Organização Social e da possibilidade de cessão de servidores para exercício na entidade parceira. Cite-se, também, as vedações impostas à contratação de serviços de terceiros, previstas no art. 18, §2º que foram muito além do previsto na lei de compras e contratações, ou seja, na Lei nº 8.666, de 1993.

<sup>52</sup> Na Lei Federal nº 9.637, de 1998, o objeto do fomento público são as atividades de interesse público de natureza continuada, realizadas nas áreas do ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, desenvolvidas por entidades qualificadas como organizações sociais. Na Lei nº 9.790, de 1999, as áreas de atuação das entidades civis é ainda mais abrangente.

<sup>53</sup> Até então, o termo era utilizado apenas para denominar o financiamento concedido pelo Poder Público, por meio de suas agências de fomento, regulamentadas pelo Banco Central, a entes federativos, pessoas físicas ou

orçamentário adequado, o fomento a entidades civis sem fins lucrativos qualificadas como OS e OSCIP é classificado na modalidade 50-Transferências a instituições privadas sem fins lucrativos, Elemento de Despesa 39 – serviços de terceiros – pessoa jurídica<sup>54</sup>

O uso da expressão “*fomento público*” como sinônimo de transferências de recursos públicos a entidades civis sem fins lucrativos, que objetivem induzir e incentivar a atuação das organizações do Terceiros Setor na execução de atividades e serviços de relevância e interesse social tem sido utilizado na doutrina, na legislação e na jurisprudência. É nesse sentido, por exemplo, que dispõe o voto condutor do Ministro Luiz Fux, proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, contra a Lei nº 9.637, de 1998, das organizações sociais, realizado pelo Supremo Tribunal Federal em abril deste ano:

*“...as Organizações Sociais, quando se dirigem “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º, caput, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão”. Grifo nosso. (Voto do Ministro Luiz Fux, ADI n 1923) (grifo nosso).*

Na mesma linha, dispõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citada no voto do Ministro Ayres Brito no julgamento da ADI 1923:

*“Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição. Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/93; no caput, é exigida licitação para as*

jurídicas, para o desenvolvimento de ações de projetos em áreas de infraestrutura, profissionais liberais e micro e pequenas empresas. Indústria, comércio, agronegócio, turismo e informática, dentre outras.

54 Nada obstante a Constituição Federal de 1988 ter atualizado, de forma contundente, as regras de organização e funcionamento do Setor Público e terem sido introduzidas, no ordenamento jurídico nacional, novos institutos de Direito Público para regular as relações entre a Administração e as entidades civis sem fins lucrativos, o fato é que até hoje as modalidades de despesas e elementos de despesa vigentes no orçamento público ainda se reportam aos ditames da Lei nº 4.320, de 1964, e se mostram insuficientes para abarcar as novas realidades do orçamento público.

*obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a ‘estipulação de obrigações recíprocas’ a que se refere o dispositivo.”*

Percebe-se, portanto, que as características intrínsecas do instituto do fomento público o diferem da aquisição de bens e serviços, regulada pela Lei nº 8.666, de 1993. Nesse último caso, o interesse primordial que caracteriza a relação público-privada é o da obtenção de vantagens na compra e venda no mercado – por um lado, a Administração Pública, em busca da maior qualidade e do menor preço; e por outro lado o agente econômico, fornecedor de bens ou serviços, em busca, para si mesmo, da maior margem de lucro.

Ressalte-se que, ainda que o fornecedor seja uma entidade civil sem fins lucrativos, quando *vende* para o Poder Público, ele o faz travestido da natureza de agente econômico, porquanto, seu vetor de motivação básico é a perspectiva do retorno financeiro; e nesse caso, independe se a totalidade do retorno financeiro será aplicado no objeto estatutário ou se será distribuído entre os sócios ou associados. (SALGADO, 2015)

Na relação de compra e venda, o preço é o aspecto central e a competição é um princípio basilar, viabilizada na ampla disputa entre os agentes econômicos pela possibilidade de fornecer ao Poder Público a proposta mais vantajosa de venda de bens e serviços.

No fomento, o cálculo dos valores a serem transferidos para a entidade parceira é efetuado com base no levantamento do montante de recursos suplementares aos recursos próprios da entidade beneficiária, necessários para que essa possa alcançar os objetivos e metas fixados nos ajustes celebrados com o Poder Público. Esse cálculo pode ser realizado, inclusive, com base em unidade de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição da população, obedecidos padrões mínimos de eficiência previamente fixados, conforme recomenda o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 4.320, de 1964.

Além disso, o processo de eleição da entidade a ser fomentada deve ser diferente do processo licitatório, uma vez que não se trata de apenas eleger o melhor projeto, mas, principalmente, de identificar a entidade que reúne os requisitos essenciais para ser parceira do Estado, sobretudo quando o objetivo é o fomento a atividades de natureza continuada, no âmbito de parcerias de longo prazo. A seleção da entidade exige a adoção de critérios de avaliação e



juízo baseados: (a) no grau de alinhamento das finalidades estatutárias e do seu campo de atuação em relação às atividades e aos serviços a serem fomentados; (b) na natureza de seus instituidores<sup>56</sup>; (c) na sua reputação na sociedade; (d) na adequação de sua constituição e seu funcionamento à legislação que rege as entidades civis sem fins lucrativos; (e) na sua saúde financeira; e (f) na sua idoneidade, podendo também envolver aspectos relativos à região em que atua; ao público destinatário de suas atividades e serviços; à sua inserção dentro da comunidade beneficiada; dentre outros<sup>57</sup>.

Esse processo deve visar escolher a *melhor parceira*, nos casos em que o projeto for proposto pelo Poder Público; *ou o melhor projeto* a ser fomentado, quando o Poder Público abrir linha de fomento a projetos apresentados por OSCs - diferentemente do processo de licitação, para aquisição de produtos e serviços, onde é julgada e selecionada a *melhor proposta*, com base em critérios de qualidade e preço.

Não há, portanto, como se falar em *competição; preço; ou melhor proposta em razão da adequação ao valor de referência*, na seleção da entidade civil a ser fomentada. Ademais, o valor do fomento deve ser consequência e não premissa na escolha da entidade. Ele não deve ser calculado com base em preço de serviços no mercado<sup>58</sup>, mas a partir da análise detalhada dos recursos necessários para a entidade parceira alcançar as metas de prestação de serviços almejada pela Administração Pública, considerados, especialmente, os recursos próprios, já disponíveis. É nesse sentido, inclusive, que o art. 16 da Lei nº 4.320, de 1964, recomenda que “o valor da subvenção seja calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados”.

---

<sup>56</sup> No Programa Dinheiro Direito na Escola, instituído pela Lei Federal nº 11.947, de 2009, o Governo Federal concede apoio financeiro, mediante transferência direta, a entidades civis sem fins lucrativos qualificadas pelas escolas públicas como suas “unidades executoras”, em função, *exatamente, da representatividade da comunidade em seu órgão de direção superior* (art. 22, 2º).

<sup>57</sup> É nessa direção que as leis federais de organizações sociais e de OSCIPs estabelecem processos de pré-qualificação cujo objetivo é certificar, previamente, as entidades habilitadas a celebrar ajustes de parceria com o Poder Público e receber fomento estatal. No caso da Lei nº 9.790, de 1999, a escolha da entidade parceira pode observar um processo de seleção de projetos, do qual podem participar todas as OSCIPs já qualificadas.

<sup>58</sup> Nessa direção, o parágrafo único do art. 16, da Lei nº 4.320, de 1964, ao dispor sobre o valor das subvenções, estabeleceu que, sempre que possível, ele deveria ser calculado com base em *unidades de serviços postos à disposição dos interessados* e não em *preço de serviços*.

Como a celebração de parcerias visa a união de forças e de recursos entre Poder Público e entidades civis que atuem na área social sem finalidades lucrativas, *espera-se que o montante de recursos públicos necessários na parceria e fomento seja menor do que na compra de serviços no mercado ou mesmo na execução direta*. É também nessa direção (da eficiência) que a Constituição Federal e a Lei nº 8.080, de 1990, determinam ao gestor do SUS dar preferência às filantrópicas e demais entidades sem fins lucrativos, na complementação de serviços de assistência à saúde junto ao setor privado (CF, art. 199, §1º).

Desfeitas quaisquer dúvidas sobre as diferenças intrínsecas entre os institutos do fomento público e o da compra de serviços, tem-se os elementos para questionar a natureza do regime jurídico instituído pela Lei nº 13.019, visto que o processo de chamamento público, para a seleção da OSC que irá celebrar termos de fomento ou de colaboração foi concebido como um *processo de licitação simplificado*, com dispositivos claramente transcritos da Lei nº 8.666, de 1993 e da Lei nº 12.462<sup>59</sup>, de 4 de agosto de 2011, os mesmos princípios da lei geral de licitação; (b) suas etapas seguem a lógica e ordem do processo licitatório; ou seja, a “competição” entre os projetos é etapa realizada antes de o Poder Público fazer uma pré-qualificação das OSCs proponentes para verificar se essas atendem ou não aos requisitos exigidos para se tornarem parceiras (art. 38); (c) são utilizados livremente termos próprios da licitação tais como *competição*” (art. 24, § 2º; art. 28, *caput*; art. 31) ao se referir ao chamamento; e o conceito de “preço” é facilmente percebido na expressão “valor de referência”<sup>60</sup>, empregada na Lei nº 13.019.

---

59 A Lei nº 12.462, de 2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, estendido, ainda, a obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação; às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); às obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS; às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; às ações no âmbito da segurança pública; às obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; às ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

60 A Lei nº 13.214, de 2015 substituiu o emprego do termo “preço” constante do texto original da Lei nº 13.019, de 2014 por “valor de referência”.

É somente por entender o chamamento como uma modalidade de licitação e a celebração de termos de colaboração ou de fomento como uma forma de compra de serviços é que se pode justificar o fato da Lei nº 13.019 pode ter sido promulgada como uma lei de âmbito nacional.

A identificação do embasamento constitucional considerado pela União para editar norma de caráter nacional sobre regime de parceria e fomento tem sido um dos pontos de debate junto a especialistas da área da gestão pública e da comunidade jurídica nacional; visto que a competência de legislar em nível nacional sobre essa matéria não está inserida no rol daquelas que incumbem exclusivamente à União (art. 22 da Carta Federal).

Apesar de ter sido nominada como “*Marco regulatório do Terceiro Setor*”, a Lei não tratou de matérias de direito civil, cuja competência é da União, mas de direito administrativo<sup>61</sup>.

Pode-se, assim, entender que o regime jurídico estabelecido na Lei nº 13.019 tenha sido enquadrado como uma *nova modalidade do instituto da licitação e contratação*, previsto no art. 37, XXI da Constituição, explicitamente reconhecido, no art. 22, XXVII da Carta Maior, como matéria que a União tem competência de legislar em nível nacional<sup>62</sup>.

Somente por essa linha de entendimento seria possível explicar os diversos dispositivos praticamente transpostos da lei de licitações para a lei das parcerias público-privadas.

### 1.3.2. O controle de resultados na Lei nº 13.019 e a imposição de regras de direito público às entidades parceiras

Apesar de tratar fomento como compra de serviços, a Lei nº 13.019 não aplicou o mesmo modelo de controle de resultados previstos na Lei de Licitações. Ou seja, não restringiu as regras de fiscalização e

---

61 Vale ressaltar que, muito embora tenha sido nominada como “Marco regulatório do Terceiro Setor – MROSC”, a lei não versa sobre o regime jurídico das entidades civis – ou seja, de seus aspectos administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários, das suas responsabilidades social e fiscal; ou das formas de controle e dos incentivos do Estado para a sua atuação. Dispõe, na verdade, sobre as regras a serem observadas pelo Poder Público nas relações de parceria com entidades civis sem fins lucrativos na consecução dos objetivos e interesses públicos – assunto diverso e afeto, essencialmente, ao Direito Administrativo e não ao Direito Civil que regula as pessoas jurídicas privadas sem finalidades lucrativas (SALGADO, 2015).

62

controle do fomento aos resultados obtidos pela entidade fomentada. Para isso, lançou mão da lógica de fiscalização utilizada nos convênios, que recai sobre a gestão das entidades conveniadas. Note-se que a própria Lei, em seu art. 84, restringiu o uso de convênios às parcerias entre entes administrativos (SALGADO, 2015).

Além disso, implantou a mesma lógica de prestação de contas adotada pelos órgãos e entidades da Administração Pública e estendeu aos Estados e Municípios a possibilidade de utilizar o sistema administrativo de controle dos convênios do Governo Federal – SICONV.

### 1.3.3. A possibilidade da atuação em rede

A permissão dada pela Lei nº 13.019 para a atuação em rede de entidades civis sem fins lucrativos nos chamamentos públicos, numa inequívoca analogia ao consórcio de empresas permitido na Lei nº 8.666, em licitações públicas (art. 33), é outro ponto que merece ser considerado, à luz, inclusive, de todos os argumentos já apresentados no item 2.3.1 sobre as diferenças intrínsecas entre fomento e compra de serviços.

Para a “*participação em rede*”, a Lei exige que apenas a entidade signatária atenda aos requisitos impostos para a celebração do ajuste com o Poder Público. As demais entidades que compõem a “*rede*” devem ser relacionadas em anexo ao instrumento de parceria e comprovarem sua regularidade jurídica e fiscal.

Uma vez que o fomento não configura compra de serviços, a autorização do “fomento em rede” representa a terceirização da atividade de fomento, porquanto a OSC signatária do termo de colaboração ou de fomento fica responsável por fomentar as demais OSCs da sua rede. Ela passa a funcionar como “cabeça” de uma *holding* de entidades civis diversas, que não celebram a parceria diretamente com o Poder Público e, portanto, não se responsabilizam perante a ele.

O consórcio previsto na Lei nº 8.666 - possível em ambientes de mercado, onde a empresa mãe é responsável por um contrato com o Poder Público e subcontrata serviços ou produtos que integram o objeto da contratação - revela-se inaplicável em ambiente de parceria, onde não há relação de compra e venda, mas relações de

cooperação com entidades cujas finalidades estatutárias são, por essência, voltadas ao objeto do fomento.

O art. 35-A levanta várias indagações e, até mesmo, a suspeição quanto à sua constitucionalidade: seu objetivo seria terceirizar o fomento público a entidades civis de pequeno porte e, especialmente a gestão dos ajustes de parceria com essas entidades? É possível o Poder Público fomentar projetos e atividades de entidades sem avaliar de forma suficiente e direta a sua idoneidade, as suas capacidades financeira e operativa de realizar o objeto a ser fomentado? É possível terceirizar fomento público, dado que essa função é considerada privativa de Estado, indelegável a pessoas de direito privado? Esses são aspectos que merecem maior debate e aprofundamento, antes da aplicação do instituto, sob pena de transformar o fomento em negócio com grandes ONGs e privilegiar a formação de “cartéis” ao invés de “redes”, com inexorável prejuízo para a capacidade regulatória do Poder Público.

LEI Nº 13.019, DE 2014

Art. 35-A. É permitida a atuação em rede, por duas ou mais organizações da sociedade civil, mantida a integral responsabilidade da organização celebrante do termo de fomento ou de colaboração, desde que a organização da sociedade civil signatária do termo de fomento ou de colaboração possua:

I - mais de cinco anos de inscrição no CNPJ;

II - capacidade técnica e operacional para supervisionar e orientar diretamente a atuação da organização que com ela estiver atuando em rede.

Parágrafo único. A organização da sociedade civil que assinar o termo de colaboração ou de fomento deverá celebrar termo de atuação em rede para repasse de recursos às não celebrantes, ficando obrigada a, no ato da respectiva formalização:

I - verificar, nos termos do regulamento, a regularidade jurídica e fiscal da organização executante e não celebrante do termo de colaboração ou do termo de fomento, devendo comprovar tal verificação na prestação de contas;

II - comunicar à administração pública em até sessenta dias a assinatura do termo de atuação em rede.

#### 1.3.4. Avaliação geral da Lei nº 13.019

Em uma avaliação geral da Lei nº 13.019, conclui-se que seu conteúdo não está alinhado à proposta de sua ementa, de estabelecer o “*regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil em regime de mútua cooperação*”. Nada obstante o uso reiterado das expressões “*mútua*

*cooperação*” e “*consecução de finalidades de interesse público e recíproco*”, a Lei institui um novo regime jurídico a ser observado pelo Poder Público em suas relações com entidades sem fins lucrativos e sociedades cooperativas, que mescla as lógicas aplicadas na compra e contratações (Lei nº 8.666, de 1993); nos modelos de fomento a entidades civis sem fins lucrativos (Lei nº 4.320, de 1964 e legislações de OS e OSCIP), no modelo tradicional de relação convenial entre órgãos e entidades públicos.

O resultado é uma norma com conteúdos contraditórios, que apesar de se orientar pela diretriz da priorização do controle de resultados (art. 6º, inciso II), referencia-se no paradigma do controle burocrático e procedimental dos atos – não apenas incidentes sobre os atos de governo, mas também na atuação privada das entidades parcerias. Adota os institutos da Lei nº 8.666, ao dispor sobre a seleção da entidade e sobre os critérios de cálculo do recurso público a ser a ela transferido<sup>63</sup>, mas utiliza a lógica de “*desembolso do recurso*” em lugar do pagamento<sup>64</sup>. Estende às entidades civis sem fins lucrativos procedimentos de gestão financeira e de prestação de contas exclusivos dos órgãos e entidades administrativos, em franca desobediência ao princípio constitucional da não interferência estatal na gestão das entidades civis, previsto no art. 5º, inciso XVIII da Constituição Federal.

No geral, o texto da Lei parecer ter sido escrito sob o estigma da desconfiança no administrador público e nas entidades civis do Terceiro Setor, contaminado pelo medo da corrupção. Seu conteúdo altamente procedimental, além de ferir a competência regulamentar dos Chefes do Poder Executivo, nas três esferas de Governo, está em clara dissintonia com os modelos adotados pelas agências oficiais de fomento ao setor privado lucrativo; nas concessões de serviços públicos privativos ao setor privado e, até mesmo, com o modelo de

---

63 Aspecto interessante sobre a Lei nº 13.019 é o fato dela tratar de forma genérica das transferências de recursos a entidades privadas, não especificando a natureza do fomento público. Segundo a Lei nº 4.320, as transferências de recursos de custeio a entidade privadas podem ser classificadas como subvenções sociais ou subvenções econômicas, de acordo com a natureza jurídica da entidade beneficiária (com ou sem fins lucrativos). As transferências de recursos de capital são subclassificadas em auxílios ou contribuições.

64 A doutrina jurídica nacional entende, à luz das disposições da Lei nº 8.666, de 1993, que é vedado o pagamento antecipado à entidade contratada. Segundo Marçal Justen Filho (2009), a antecipação do pagamento somente pode ocorrer quando prevista no ato convocatório e quando essa antecipação beneficiar a Administração Pública.

relações de compra de serviços no mercado, regulado pela Lei nº 8.666/65.

Parece, também, ter sido escrito sem a preocupação com os custos administrativos e financeiros de sua aplicação tanto para o governo federal, quanto para estados e municípios; o que é inadmissível em tempo de escassez de recursos e da necessidade de se promover a eficiência dentro da máquina pública. Seu teor é promessa certa de morosidade, ineficiência e atrasos, além de insegurança jurídica e judicialização, em campo sempre urgente que são o das políticas sociais (SALGADO, 2015).

#### 1.4. Situações em que não se aplicam as disposições da Lei nº 13.019, de 2014

A Lei nº 13.019, de 2014 (art.3º) estabelece as situações que estão excluídas da observância de seus ditames: (a) os contratos de gestão celebrados com organizações sociais; (b) os convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal; (c) os termos de compromisso cultural, celebrados com base na Lei nº 13.018, de 2014; (d) os termos de parceria celebrados com OSCIPs; as transferências de recursos realizadas no âmbito dos Programas de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei nº 10.845, art. 2º); para a alimentação escolar e para o Programa Dinheiro Direto na Escola (Lei nº 11.947, de 2009); (e) as anuidades, contribuições ou taxas associativas pagas a organismos internacionais ou entidades constituídas por autoridades públicas ou por órgãos ou entidades públicos; e (f) às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

O artigo excepciona, ainda, as transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com a Lei.

LEI Nº 13.019, DE 2014

Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados,

<sup>65</sup> Em nenhum desses modelos há controles administrativos sobre a gestão das entidades com as quais o Poder Público celebra contratos.

acordos e convenções internacionais conflitarem com esta Lei;

II - (revogado)

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1o do art. 199 da Constituição Federal;

V - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1o do art. 9o da Lei no 13.018, de 22 de julho de 2014;

VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei no 9.790, de 23 de março de 1999;

VII - às transferências referidas no art. 2o da Lei no 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei no 11.947, de 16 de junho de 2009;

VIII - (vetado)

IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por:

a) membros de Poder ou do Ministério Público;

b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública;

c) pessoas jurídicas de direito público interno;

d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública;

X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

#### 1.4.1. Os contratos de gestão com OSs e os termos de parceria com OSCIPs

Ao resguardar os modelos de OS e OSCIP da observância de seus ditames (art. 3º, incisos III e VI), a Lei nº 13.019 condicionou a exceção aos modelos cujas respectivas leis *atendam aos requisitos previstos nas legislações federais* (Lei nº 9.637, de 1998 e Lei nº 9.790, de 1999).

Destaque-se que, após a edição das leis federais de OS e OSCIP, muitos estados e municípios editaram leis próprias<sup>68</sup>, com base na legislação federal mas com conteúdos próprios que as modificaram, substancialmente das primeiras. Pode-se, assim, afirmar que, no Brasil, o termo “organização social” corresponde a um rol variado de modelos de parceria público-privada, distintos entre si, que para

<sup>68</sup> Levantamento realizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no período de 2008 a 2009, identificou 57 leis de OS no País, além da federal, sendo quinze estaduais e quarenta e duas municipais. De lá para cá, esse número já ampliou.



serem adequadamente compreendidos exigem a análise individualizada e detalhada do estatuto jurídico de cada um.

Sendo assim, as exceções dadas pela Lei nº 13.019 não alcançam as OS e OSCIP instituídas por estados e municípios a partir de legislação própria não convergente com a legislação federal<sup>69</sup>.

Nesses casos, os estados e municípios terão duas alternativas: (a) adotar o termo de colaboração/fomento nos ajustes com suas OSs ou OSCIPs; ou (b) alterar as suas legislações de OS ou OSCIP para alinhá-las ao modelo federal.

#### 1.4.2. Os termos de compromisso cultural – Lei nº 13.018, de 2014.

O inciso V do art. 3º da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, excepciona os termos de compromisso cultural previstos no art. 9º da Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014, da observância de seus ditames. Esses termos são modelos de ajuste entre o Poder Público e entidades integrantes do Cadastro Nacional de Pontos e Pontões de Cultura, que têm como finalidade prestar apoio financeiro à execução das ações da Política Nacional de Cultura Viva.

Importante destacar que a Lei reconhece, explicitamente esse apoio financeiro como “fomento”, conforme seus art.2º, inciso VI e art. 7º, inciso IX.

Os termos de fomento, na forma prevista na lei, devem: (a) identificar e delimitar as ações a serem financiadas, as metas, o cronograma de execução físico-financeira e a previsão de início e término da execução das ações ou das fases programadas; e (b) observar o regulamento estabelecido pelo Ministério da Cultura (e não por decreto!), inclusive para prestação de constas simplificada.

O Termo de Compromisso Cultural está regulamentado pela Instrução Normativa do Ministro da Cultura Nº 01/2015, de 7 de abril de 2015

LEI Nº 13.018, DE 22 DE JULHO DE 2014

---

<sup>69</sup> Na esfera federal, o atendimento a esse condicionante é natural, visto que a qualificação dessas entidades, assim como a celebração de contratos de gestão ou termos de parceria são realizadas, exatamente, sob o balizamento da Lei nº 9.637 ou da Lei nº 9.790, conforme o caso. Registre-se que, até 2016, O Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas não qualificaram nenhuma OS para atuação na área da saúde.

Art. 9o A União, por meio do Ministério da Cultura e dos entes federados parceiros, é autorizada a transferir de forma direta os recursos às entidades culturais integrantes do Cadastro Nacional de Pontos e Pontões de Cultura, com a finalidade de prestar apoio financeiro à execução das ações da Política Nacional de Cultura Viva.

**§ 1o A transferência dos recursos de que trata o caput ficará condicionada ao cumprimento de Termo de Compromisso Cultural, que deverá conter a identificação e a delimitação das ações a serem financiadas, as metas, o cronograma de execução físico-financeira e a previsão de início e término da execução das ações ou das fases programadas.** (grifo nosso)

§ 2o No caso da transferência de recursos de que trata o caput, os recursos financeiros serão liberados mediante depósito em contas correntes específicas abertas e mantidas exclusivamente para este fim.

§ 3o Sem prejuízo da fiscalização de competência dos órgãos de controle interno e externo, o Ministério da Cultura regulamentará as regras de cumprimento do Termo de Compromisso Cultural de que trata este artigo e de prestação de contas simplificada conforme estabelecido no § 2o do art. 8o desta Lei.

### 1.4.3. As transferências para as unidades executoras de programas financiados com recursos do FNDE

O inciso VII do art. 3º da Lei nº 13.019 isenta as transferências a entidades civis sem fins lucrativos qualificadas como “unidades executoras” de três programas conduzidos pelo Ministério da Educação, no âmbito do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE:

- a) Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência – PAED, disciplinado pela Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004;
- b) Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE, disciplinado pela Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2000 (art. 5º);
- c) Programa Dinheiro Direto na Escola \_PDDE, na disciplinado pela Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2000 (art.22).

A Lei nº 10.845 define “unidades executoras” como as entidades civis sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos na modalidade de educação especial, assistência financeira proporcional ao número de educandos portadores de deficiência.

No PNAE e PDDE, são consideradas como “unidades executoras” as entidades civis sem fins lucrativos instituídas por iniciativa da

escola, da comunidade, ou de ambas, para administrarem recursos transferidos por órgãos federais, estaduais, distritais e municipais a escolas públicas, embora a Lei não estabeleça a sua conceituação.

Por autorização presente nas duas leis, as transferências para as “unidades executoras” são realizadas automaticamente à entidade civil beneficiária, sem necessidade de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante depósito em conta corrente específica.

Essas transferências não objetivam o fomento à atuação privada, visto que os recursos públicos são destinados a financiar atividades e projetos realizados dentro da escola pública<sup>71</sup>. As “unidades executoras”, na qualidade de “parceiras” são meras intermediadoras – recebem o recurso e “contribuem” com o Poder Público na sua aplicação, segundo programação e prioridades da própria escola pública.

#### LEI Nº 10.845, DE 5 DE MARÇO DE 2004

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência - PAED, em cumprimento do disposto no inciso III do art. 208 da Constituição, com os seguintes objetivos:

I - garantir a universalização do atendimento especializado de educandos portadores de deficiência cuja situação não permita a integração em classes comuns de ensino regular;

II - garantir, progressivamente, a inserção dos educandos portadores de deficiência nas classes comuns de ensino regular.

Art. 2º Para os fins do disposto no art. 1º desta Lei, a União repassará, diretamente à unidade executora constituída na forma de entidade privada sem fins lucrativos que preste serviços gratuitos na modalidade de educação especial, assistência financeira proporcional ao número de educandos portadores de deficiência, conforme apurado no censo escolar realizado pelo Ministério da Educação no exercício anterior, observado o disposto nesta Lei.

§ 1º O Conselho Deliberativo do FNDE expedirá as normas relativas aos critérios de alocação dos recursos, valores per capita, unidades executoras e caracterização de entidades, bem como as orientações e instruções necessárias à execução do PAED.

**§ 2º A transferência de recursos financeiros, objetivando a execução do PAED, será efetivada automaticamente pelo FNDE, sem necessidade de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante depósito em conta-corrente específica. (grifo nosso)**

<sup>71</sup> Essa modalidade de transferência poderia, inclusive, ser arguida quanto à sua constitucionalidade.

LEI Nº 11.947, DE 16 DE JUNHO DE 2009

Art. 5º Os recursos financeiros consignados no orçamento da União para execução do PNAE serão repassados em parcelas aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às escolas federais pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, em conformidade com o disposto no art. 208 da Constituição Federal e observadas as disposições desta Lei.

§ 1º **A transferência dos recursos financeiros, objetivando a execução do PNAE, será efetivada automaticamente pelo FNDE, sem necessidade de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante depósito em conta corrente específica.**(grifo nosso)

§ 2º Os recursos financeiros de que trata o § 1º deverão ser incluídos nos orçamentos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios atendidos e serão utilizados exclusivamente na aquisição de gêneros alimentícios.

§ 3º Os saldos dos recursos financeiros recebidos à conta do PNAE existentes em 31 de dezembro deverão ser reprogramados para o exercício subsequente, com estrita observância ao objeto de sua transferência, nos termos disciplinados pelo Conselho Deliberativo do FNDE.

§ 4º O montante dos recursos financeiros de que trata o § 1º será calculado com base no número de alunos devidamente matriculados na educação básica pública de cada um dos entes governamentais, conforme os dados oficiais de matrícula obtidos no censo escolar realizado pelo Ministério da Educação.

§ 5º Para os fins deste artigo, a critério do FNDE, serão considerados como parte da rede estadual, municipal e distrital, ainda, os alunos matriculados em:

I - creches, pré-escolas e escolas do ensino fundamental e médio qualificadas como entidades filantrópicas ou por elas mantidas, inclusive as de educação especial;

II - creches, pré-escolas e escolas comunitárias de ensino fundamental e médio conveniadas com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

.....  
.....

(...)

Art. 22. O Programa Dinheiro Direto na Escola - PDDE, com o objetivo de prestar assistência financeira, em caráter suplementar, às escolas públicas da educação básica das redes estaduais, municipais e do Distrito Federal, às escolas de educação especial qualificadas como beneficentes de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público, às escolas mantidas por entidades de tais gêneros e aos polos presenciais do sistema Universidade Aberta do Brasil - UAB que ofertem programas de formação inicial ou continuada a profissionais da educação básica, observado o disposto no art. 25, passa a ser regido pelo disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.695, de 2012)

§ 1º A assistência financeira a ser concedida a cada estabelecimento de ensino beneficiário e aos polos presenciais da UAB que ofertem programas de formação inicial ou continuada a profissionais da educação básica será definida anualmente e terá como base o número de alunos matriculados na educação básica e na UAB, de

acordo, respectivamente, com dados do censo escolar realizado pelo Ministério da Educação e com dados coletados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior - CAPES, observado o disposto no art. 24. (Redação dada pela Lei nº 12.695, de 2012)

**§ 2º A assistência financeira de que trata o § 1º será concedida sem a necessidade de celebração de convênio, acordo, contrato, ajuste ou instrumento congênere, mediante crédito do valor devido em conta bancária específica:** (grifo nosso)

I - diretamente à unidade executora própria, representativa da comunidade escolar, ou àquela qualificada como beneficente de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público;

II - ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município mantenedor do estabelecimento de ensino, que não possui unidade executora própria.

#### 1.4.4. Parcerias com serviços sociais autônomos

A exceção contemplada no inciso X do art. 3º da Lei nº 13.019, relativa às parcerias estabelecidas pela Administração Pública com os serviços sociais autônomos – SSA, contempla, indistintamente os SSA integrantes do “Sistema S”<sup>72</sup> e os SSA prestadores de serviços de interesse público, criados mediante autorização legislativa, como é o caso da Rede Sarah Kubitschek<sup>73</sup>, que recebem fomento público por força de lei.

#### 1.4.5. Transferências a organismos internacionais e entidades constituídas por autoridades públicas ou órgãos e entidades públicos

O inciso IX do art. 3º da Lei 13.019 isenta, da observância dos seus ditames, as transferências de recursos públicos a organismos internacionais ou a entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por: (a) a) membros de Poder ou do Ministério

<sup>72</sup> No caso das parcerias estabelecidas com SSA integrantes do “Sistema S”, o inciso deve estar se referindo a eventuais ajustes celebrados com órgãos ou entidades públicas, que envolvam transferências de recursos diretos do Orçamento Público, para a realização de serviços e atividades de interesse; e não aos recursos de origem parafiscal previsto no art. 240 da Constituição Federal e a eles assegurados na lei que autorizou a sua criação.

<sup>73</sup> O Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, conhecido como Rede Sarah Kubitschek é uma entidade civil sem fins lucrativos instituída pelo Poder Executivo Federal, por autorização da Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991, para a atuação, exclusivamente, no âmbito do SUS, que recebe recursos do Orçamento Público da União por força de contrato de gestão que celebra com o Ministério da Saúde.

Público; (b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública; (c) pessoas jurídicas de direito público interno; e (d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública.

Essa é uma exceção importante, no âmbito do presente estudo, por alcançar as transferências de recursos públicos ao Conselho Nacional de Secretários de Saúde - CONASS; Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde - CONASEMS; e Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde - COSEMS.

Esses conselhos são entidades civis sem fins lucrativos, integradas por secretários de saúde e reconhecidas pela Lei nº 8.080, de 1990 (art. 14-B), como representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde.

O §2º do art. 14-B da mencionada Lei determina que o CONASS e ao CONASEMS recebam recursos do orçamento geral da União, por meio do Fundo Nacional de Saúde, para auxiliar no custeio de suas despesas institucionais, podendo, ainda, celebrarem convênios com a União, para outras finalidades relacionadas com as matérias pertinentes à saúde pública.

LEI Nº 8.080, DE 1990

Art. 14-B. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) são reconhecidos como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde e declarados de utilidade pública e de relevante função social, na forma do regulamento.

§ 1º O Conass e o Conasems receberão recursos do orçamento geral da União por meio do Fundo Nacional de Saúde, para auxiliar no custeio de suas despesas institucionais, podendo ainda celebrar convênios com a União.

§ 2º Os Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems) são reconhecidos como entidades que representam os entes municipais, no âmbito estadual, para tratar de matérias referentes à saúde, desde que vinculados institucionalmente ao Conasems, na forma que dispuserem seus estatutos.

Os recursos transferidos pelo Ministério da Saúde ao CONASS e ao CONASEMS têm sido, normalmente, classificados na contabilidade pública, na Modalidade 50 – Elemento de Despesa 41-Contribuições ou 43-Subvenções Sociais<sup>74</sup>.

---

74 A Portaria Interministerial nº 163, de 4 de maio de 2001, dos Ministros da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, que dispõe sobre normas gerais de consolidação das Contas Públicas define esses elementos de despesa:

#### **1.4.6. Convênios e contratos de assistência à saúde celebrados com entidades privadas, no âmbito do SUS**

A exceção de que trata o inciso IV do art. 3º da Lei nº 13.019, exatamente, pela sua importância e pelo seu impacto no funcionamento do Sistema Único de Saúde, é objeto da análise e comentários em separado, no próximo capítulo.

- 
- a) 41-Contribuições: despesas orçamentárias às quais não correspondam contraprestação direta em bens e serviços e não sejam reembolsáveis pelo receptor, inclusive as destinadas a atender a despesas de manutenção de outras entidades de direito público ou privado, observado o disposto na legislação vigente;
  - b) 43 - Subvenções Sociais: Despesas orçamentárias para cobertura de despesas de instituições privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa, de acordo com os artigos 16, parágrafo único, e 17 da Lei no 4.320/1964, observado o disposto no art. 26 da LRF.

## 2. A participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde prevista no art. 199 da Constituição Federal.

### 2.1. O Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde – SUS é uma formulação política e organizacional de ordenamento dos serviços e ações de saúde no país, em uma rede regionalizada e hierarquizada, que se estrutura em um sistema único, conduzido por entes federativos descentralizados e autônomos, com ênfase na municipalização e na participação da comunidade.

Aos entes federativos incumbe o dever de garantir ao indivíduo a integralidade de sua saúde, sendo corresponsáveis pela viabilização de um conjunto de ações e serviços de saúde interdependentes em especialidades, complexidades conhecimentos, e tecnologias<sup>75</sup> (SANTOS & ANDRADE, 2013).

O SUS é responsável por um leque de ações integradas e complementares, que alcançam as dimensões da promoção, proteção e recuperação da saúde, conduzidas por órgãos e entidades públicos federais, estaduais e municipais - inclusive na área de controle de qualidade, pesquisa, e produção de insumos, medicamentos e hemoderivados e de equipamentos para a saúde<sup>76</sup> –

---

<sup>75</sup> Na forma da Constituição Federal, art. 200 Lei nº 8.080, de 1990, arts. 5º e 6º, cabe aos órgãos e entidades públicos que constituem o SUS, nas três esferas de governo, identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política pública de saúde que garanta a saúde aos cidadãos brasileiros; e a assistência às pessoas, por meio da promoção, da proteção e da recuperação da saúde, integrando ações assistenciais e preventivas. Além disso, estão incluídas no seu campo de atuação, as ações de vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; a formação de recursos humanos na área de saúde; a vigilância nutricional e a orientação alimentar; a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

<sup>76</sup> Conforme *caput* r §1º do art.4º da Lei nº 8.080, de 1990.



cuja realização exige dos entes federativos uma série de atos político-administrativos que deem consistência sistêmica às suas respectivas atuações e propiciem a atuação coordenada, com decisão mediante consenso, sobre a condução da política e a gestão do próprio Sistema (SANTOS & ANDRADE, 2013).

A Constituição Federal, no *caput* do art. 199, autoriza, expressamente a participação da iniciativa privada na assistência à saúde e autoriza as instituições privadas com ou sem fins lucrativos, em seu livre exercício de atividades de assistência à saúde, a participarem do SUS, de forma complementar, por meio da celebração de contratos administrativos ou convênios com o Poder Público, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos

*Constituição Federal*

*Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.  
§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.*

Contribuem para a melhor apreensão das motivações do Legislador Constituinte na redação desses dispositivos constitucionais, a análise dos trechos esclarecedores do pronunciamento do então Deputado Eduardo Jorge, registrados no apanhamento taquigráfico dos trabalhos da Sétima Reunião da Comissão da Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte, realizada em 28 de maio de 1987, na qual se discutiu, dentre outros temas, a proposta de criação do Sistema Único de Saúde, incluída no anteprojeto de autoria daquela Comissão:

*“Outro ponto em que o Constituinte Alcení Guerra "acerta na mosca" e é o terceiro ponto que eu queria colocar. Primeiro, é a importância da saúde para todos, e um dever do Estado. Segundo, a organização de um sistema único de saúde. E, terceiro ponto que destaquei, é a relação com o setor privado. Sou de um partido socialista, o Partido dos Trabalhadores, defendendo e acho que para o Brasil, para a Humanidade, o Socialismo é o melhor sistema de produção, a melhor forma de organização social. Mas, no caso, o Constituinte Alcení Guerra tem toda a razão. Esse projeto que foi votado por todos os Partidos na Subcomissão não é estatizante, pelo contrário, há um desejo de moralizar e fortalecer o setor público, ele não cumpre minimamente as suas funções de universalizar, de chegar aos lugares mais longínquos do País, de atingir populações mais descobertas de atenção em relação à saúde. Então há, realmente, aqui, uma direção de fortalecimento do setor público. Isto é*

*inegável. E quem seria contra isto? Mas, em relação ao setor privado, está claro que há um relacionamento de convivência. E aqui, três pontos são claríssimos. Primeiro, vai ser dado um tratamento preferencial para entidades sem fins lucrativos. Pode-se dizer que muitas entidades assim estão descaracterizadas, porque foram tomadas de assalto por grupos que fazem sob o escudo de que é sem fins lucrativos, uma entidade com fim lucrativo qualquer. Mas isto nós podemos amarrar na legislação ordinária. Então, é este o primeiro ponto do sistema. Fortalecer o setor público e articular preferencialmente com o setor filantrópico. Santas casas, por exemplo, que é o serviço de assistência médica que vai às cidades mais longes do interior do nosso País.*

***A segunda característica da relação com o setor privado é que estamos, por este Projeto aqui, continuando a comprar serviço do setor privado, lucrativo também, só que, dando prioridade para o setor não lucrativo.***

*E o terceiro aspecto, referente ao art. 6º, se não me engano, de que o Constituinte Alcení Guerra falou, está claro aí que a atividade liberal, tanto do médico particular, tanto do médico do consultório, com aquela entidade que queira montar uma entidade particular, vai continuar livre, apenas disciplinado pelas normas técnicas e éticas e é claro que tem que ter, do sistema nacional de saúde.” (grifo nosso), (Assembleia Nacional Constituinte – Atas de Comissões. Comissão da Ordem Social, pag 65).*

Do teor desse pronunciamento, tem-se, em grande parte esclarecida que a intenção do Legislador Constituinte de 1988, foi a de, primeiramente de garantir a liberdade da iniciativa privada de atuar na assistência à saúde, por meio da atividade liberal do profissional e/ou de entidade de saúde, regulada apenas pelas normas técnicas e éticas que regulam a profissão e a atividade, sem relação com a política pública de saúde.

Em segundo lugar, fica também evidenciada a intenção dos Constituintes de permitirem a participação complementar da iniciativa privada no SUS, especialmente na assistência à saúde, com o objetivo de fortalecer o Sistema – seja por meio do estabelecimento de relações de fomento e cooperação com instituições filantrópicas e entidades civis sem fins lucrativos para a execução de atividades e serviços no campo da saúde pública (por meio de convênios); seja pela possibilidade da aquisição de serviços de saúde, junto a entidades com ou sem fins lucrativos (por meio de contratos administrativos).

Em ambos os casos, a atuação privada, por assumir caráter de participação complementar no SUS, fica obrigada à observância dos princípios e diretrizes do SUS, estabelecidos no art. 7º da Lei nº

8.080, de 1990, assim como à orientação do art. 8º do mencionado Diploma Legal.

LEI Nº 8.080, DE 1990

#### *CAPÍTULO II*

##### *Dos Princípios e Diretrizes*

*Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:*

*I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;*

*II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;*

*III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;*

*IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;*

*V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;*

*VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;*

*VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;*

*VIII - participação da comunidade;*

*IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:*

*a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;*

*b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;*

*X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;*

*XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;*

*XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e*

*XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.*

#### *CAPÍTULO III*

##### *Da Organização, da Direção e da Gestão*

*Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.*

Lenir Santos (2015), esclarece que a complementariedade foi uma necessidade, uma vez que o SUS, criado em 1988, não contava com serviços públicos suficientes. A previsão constitucional se fundamentou na realidade fática: 70% dos serviços de saúde do INAMPS eram privados, complementares, que se inseriam na rede da autarquia mediante credenciamento universal. Fatalmente, teria o SUS que contar com os serviços privados que já complementavam os serviços prestados pelo INAMPS aos seus beneficiários.

A dupla via da participação complementar do setor privado no SUS – pelo fomento a entidades sem fins lucrativos na realização de finalidades de interesse público e recíproco ou pela compra de serviços - claramente explicitada na parte final do §1º do art. 199 da Constituição, não alcança o exercício de atividades e serviços públicos privativos<sup>77</sup>, no campo da saúde pública, que impliquem o uso de poderes de Estado que a Constituição Federal ou a lei reservaram aos órgãos e entidades públicos, tais como regulação, normatização, fiscalização, tutela, sanção, habilitação.

Atividades de vigilância sanitária, controle e fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; fiscalização de inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano, participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos, dentre outras similares são vedadas ao particular, devendo ser exercidas de forma exclusiva e direta pela Administração Pública.

## 2.2. A participação complementar da iniciativa privada no SUS, segundo a Lei nº 8080, de 1990

A Lei nº 8.080, de 1990, ao tratar dos serviços privados de assistência à saúde, disciplina a participação complementar da iniciativa privada no âmbito do Sistema (arts. 24 a 26), limitando-a às situações em que as disponibilidades dos órgãos e entidades públicos forem insuficientes para garantir cobertura assistencial à

---

<sup>77</sup> Atividades ou serviços públicos privativos são aqueles próprios do Poder Público, vedados, pela Constituição e pela lei, a entidades privadas. São eles: as atividades de direção superior, regulação, regulamentação e controle das atividades administrativas (Constituição Federal, arts 61, 70 a 74 e 84); defesa do Estado e das instituições democráticas (Constituição Federal, Título V); tributação e o orçamento (Constituição Federal, Título VI) e previdência social. Atividades ou serviços públicos não privativos são aqueles livres à iniciativa privada, tais como os serviços sociais ou voltados para o mercado.

população sob sua área de abrangência. Nos termos da mencionada lei, essa participação deve observar os parâmetros de cobertura assistencial, critérios e valores de remuneração dos serviços contratados, estabelecidos pela direção nacional do Sistema e aprovados pelo Conselho Nacional de Saúde - CNS.

O gestor do SUS tem, portanto, autorização constitucional e legal para recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada, sempre que os serviços próprios da sua rede pública de saúde forem insuficientes para atender às necessidades da população. Para tanto, pode optar: (a) pelo fomento a entidades civis sem fins lucrativos que atuem no campo da assistência à saúde, como as instituições filantrópicas; ou (b) pela contratação de serviços no mercado junto a entidades privadas com ou sem fins lucrativos, devendo, nesse último caso, ser observada tabela de preços fixada pela direção nacional do Sistema e aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde (conforme art. 26, *caput*, § 1º e 2º e art. 16, XIV da Lei nº 8.080, de 1990).

O §1º do art. 199 da Constituição determina, ainda, que o gestor do SUS dê preferência aos ajustes com as instituições filantrópicas e as sem fins lucrativos<sup>78</sup>

LEI Nº 8.080, DE 1990:

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

.....  
 XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os **serviços privados contratados de assistência à saúde**; (grifo nosso)  
 .....

(...)

#### *CAPÍTULO II*

##### *Da Participação Complementar*

*Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.*

*Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.*

<sup>78</sup> Nesse caso, independe se o ajuste entre o Poder Público e a entidade civil sem fins lucrativos é de compra de serviços de assistência à saúde (por contrato administrativo); ou de fomento a suas atividades de assistência à saúde, via celebração de convênio ou outro ajuste do gênero.

*Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).*

*Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.*

*§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.*

*§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.*

*§ 3º (Vetado).*

*§ 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).*

A Portaria nº 1.034, de 5 de maio de 2010, do Ministro da Saúde, que regulamenta as disposições da Lei nº 8.080, de 1990<sup>79</sup>, melhor esclarece sobre o uso do convênio (ou outros ajustes do gênero) ou do contrato para complementar os serviços de assistência à saúde da sua rede privada. Nos incisos I e II do parágrafo único do seu art. 3º, dispõe que o convênio deve ser firmado nos casos de parceria entre o Poder Público e a entidade civil sem fins lucrativos para a prestação de serviços assistenciais à saúde; e que o contrato deve ser utilizado quando o objeto for a compra de serviços de saúde, junto a entidades civis com ou sem fins lucrativos.

*PORTARIA MS Nº 1.034, DE 5 DE MAIO DE 2010:*

*Art. 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato ou convênio, celebrado entre o ente público e a instituição privada, observadas as normas de direito público e o disposto nesta Portaria.*

*Parágrafo único. Para a complementaridade de serviços de saúde com instituições privadas com ou sem fins lucrativos serão utilizados os seguintes instrumentos:*

*I - convênio, firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse*

<sup>79</sup> A Portaria nº 1.034, de 5 de maio de 2010 do Ministro da Saúde, disciplina procedimentos a serem observados pelos gestores estaduais e municipais de saúde na realização de ajustes com entidades privadas com ou sem fins lucrativos para o provimento de serviços de assistência à saúde à população, para complementar seus respectivos serviços próprios.

*comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde;*

*II - contrato administrativo, firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde.*

*Art. 4º O Estado ou o Município deverá, ao recorrer às instituições privadas, dar preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos, observado o disposto na legislação vigente.*

### **2.3. Parceria entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos, na prestação de serviços assistenciais de saúde à população**

Por um longo tempo, o convênio foi o instituto jurídico utilizado para ajustar as relações de parceria entre Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos, não apenas no SUS, mas no âmbito de todas as demais políticas públicas.

Ele foi introduzido pelo Decreto-Lei nº 200, de 1967 que, ao estabelecer a estrutura orgânica da Administração Pública Federal e diretrizes de reforma administrativa, previu a seu uso como instrumento voltado, fundamentalmente, para a cooperação entre a União e os entes federados. Apesar de o texto do DL nº 200 não tratar das relações de cooperação do setor público com as entidades civis – que não era prioridade, na época –, seu art. 156, ao dispor sobre as medidas especiais de coordenação da política nacional de saúde, estendeu o uso do convênio como instrumento de ajuste entre o Poder Público e entidades privadas, de forma a viabilizar a prestação de assistência médica à comunidade (SALGADO, 2013).

DECRETO-LEI Nº 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967

#### *CAPÍTULO II*

#### *DA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE*

*Art. 156. A formulação e Coordenação da política nacional de saúde, em âmbito nacional e regional, caberá ao Ministério da Saúde.*

*§ 1º Com o objetivo de melhor aproveitar recursos e meios disponíveis e de obter maior produtividade, visando a proporcionar efetiva assistência médico-social à comunidade, promoverá o Ministério da Saúde a coordenação, no âmbito regional das atividades de assistência médico-social, de modo a entrosar as desempenhadas por órgãos federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal, dos Territórios e das entidades do setor privado.*

*§ 2º Na prestação da assistência médica dar-se-á preferência à celebração de convênios com entidades públicas e privadas, existentes na comunidade.*

Portanto, que a primeira previsão legal do uso do convênio como instrumento jurídico para regular as relações entre Poder Público e entidades privadas surgiu, exatamente, no âmbito da política nacional de saúde, para viabilizar ao “entrosamento” da ação federativa coordenada, conjuntamente com a participação do setor privado, no desempenho de atividades de assistência médico-social.

Em 1986, o Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, estendeu o uso do convênio às demais relações público-privadas, estabelecidas no âmbito de outras políticas, cujo objetivo fosse de interesse recíproco e diferenciou-o, clara e objetivamente, do contrato administrativo, celebrado nas situações de contraprestação de serviços, remunerados com base na fixação de “preço”.

DECRETO Nº 93.872, DE 23 DE DEZEMBRO DE 1986:

*Art. 48: “Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades de administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste. (revogado pelo Decreto nº 6.170, de 2007).*

*§ 1º Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato (revogado pelo Decreto nº 6.170, de 2007)*

Já na época da promulgação da Constituição de 1988, o conceito corrente de convênio celebrado entre o Poder Público e entidades particulares estava relacionado à execução de serviços de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação, em contraposição ao contrato administrativo que era celebrado nos casos de contraprestação de serviços e estabelecimento de preço.

Esse conceito foi ratificado no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que revogou o art. 48 do Decreto nº 93.872, de 1986. No inciso I, do §1º do art. 1º do Decreto nº 6.170, ainda hoje vigente, o convênio é definido como o “*acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou **ainda, entidades privadas sem***



***fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação”*** (grifo nosso).

A partir do ano de 1998, no bojo do movimento de Reforma do Aparelho do Estado, a União ampliou o rol de institutos jurídicos de formalização de relações de colaboração com entidades civis sem fins lucrativos, para o desenvolvimento de projetos de interesse público e recíproco, instituindo, ao lado do convênio, o contrato de gestão, celebrado com entidades qualificadas como organizações sociais (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1988) e o termo de parceria, celebrado com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil sem fins lucrativos (Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999).

Ressalte-se que o contrato de gestão já havia sido previsto anteriormente, na área da saúde, como instrumento de fomento público e ajuste de obrigações entre o Ministério da Saúde e o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, entidade civil sem fins lucrativos instituída pelo Poder Executivo Federal, por autorização da Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991, para a atuação, exclusivamente, no âmbito do SUS

A grande inovação promovida pelas Leis nº 9.637 e nº 9.790 foi a previsão do contrato de gestão e do termo de parceria como instrumentos alternativos ao convênio (vocacionado, por origem, para regular relações de cooperação entre entes públicos), que superavam as limitações desse último na regulação das relações de cooperação entre o Setor Público e das entidades do Terceiro Setor.

Esses novos instrumentos demarcaram a diferença entre a cooperação intra e intergovernamental da cooperação público-privada, substituindo o controle *a posteriori* previsto nos convênios, baseado no controle de etapas e de procedimentos, pela contratualização de metas e pela cobrança de resultados objetivos e mensuráveis, em contrapartida aos recursos públicos transferidos a título de fomento. Previram o estabelecimento das atribuições, responsabilidades e obrigações das partes; a especificação das metas de desempenho e resultados a serem alcançados pela entidade parceira, assim como a previsão do montante de recursos públicos a serem transferidos para a entidade, a título de fomento<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> Apesar das inovações das Leis de OS e OSCIP, o uso efetivo do contrato de gestão e do termo de parceria mostrou-se um processo complexo; pelo despreparo

Portanto, o convênio, o contrato de gestão e o termo de parceria são três institutos administrativos possíveis dentro do ordenamento jurídico nacional, à disposição do gestor público de saúde, quando esse optar pela celebração de parceria com entidades civis sem fins lucrativos para complementar os serviços oferecidos pela rede pública de saúde, conforme autorizado no §1º do art. 199 da Constituição Federal.

Todos esses três instrumentos estão amparados na exceção prevista no art. 3º, inciso IV da Lei nº 13.019, de 2014, não se lhes aplicando as disposições desse Diploma Legal.

## 2.4. Contratação de serviços privados no SUS para complementação da assistência à saúde

Como já visto anteriormente, havendo insuficiência dos serviços públicos para a garantia da assistência à saúde ao cidadão de uma determinada área e existindo serviços no setor privado, a rede pública pode ser complementada pelos serviços privados que passarão a integrá-la nos limites de sua insuficiência, com preferência para a celebração de parcerias com as entidades civis sem fins lucrativos. Em um segundo momento, caso a insuficiência de serviços não seja sanada por meio das relações de fomento e parceria com as entidades civis sem fins lucrativos, o gestor pode buscar esses serviços no mercado, oferecidos por entidades com ou sem fins lucrativos, por meio da celebração de contratos administrativos, *sem distinção de remuneração para serviço privado lucrativo ou sem fins lucrativos*<sup>82</sup> (SANTOS, 2015).

---

dos agentes públicos e privados na sua utilização; pelas resistências internas e dos órgãos jurídicos e de controle frente à mudança de regras nas relações público-privadas e; especialmente, pelas dificuldades de acomodação dos novos instrumentos dentro do ordenamento jurídico velho e ultrapassado, construído com base em outra realidade social e, assim, muitas das relações estabelecidas pelo Poder Público com entidades qualificadas como organizações sociais e, especialmente, com OSCIPs continuaram a ser reguladas por convênio, sobretudo no âmbito de Governos Estaduais e Municipais.

<sup>82</sup> Di Pietro apud Santos (2015) entende que os contratos administrativos celebrados com entidades privadas para complementação de serviços de saúde se encaixam no conceito dos serviços regulamentados pela Lei de Licitação e Contratos, mesmo quando a entidade é sem fins lucrativos, desde que haja prestação de serviços e remuneração, defendendo, ainda, a possibilidade da celebração de parceria, quando o convênio seria a modalidade jurídica adequada (SANTOS, 2015).

Esses contratos administrativos não se regem pelas disposições da Lei nº 13.019, de 2014, conforme previsto no inciso III do art. 3º daquela Lei; e nem poderiam por não se tratarem de ajustes de parceria e fomento público.

Para Lenir Santos (2015), os contratos celebrados com entidades civis, independentemente de terem ou não fins lucrativos, para compra de serviços assistenciais complementares têm enquadramento parcial na Lei nº 8.666, de 1993, em razão das características próprias da saúde pública, por ela enumeradas:

- a) os serviços adquiridos são multifacetados; sujeitam-se aos referenciamentos próprios do Sistema e a outras normas; e se organizam em níveis de complexidade crescente que compõe a rede regional de saúde;
- b) não há disputa de preços: os serviços são remunerados com base em valores pré-estabelecidos em tabela de remuneração de procedimentos<sup>83</sup> definida pela direção nacional do SUS e aprovada pela direção nacional do SUS e aprovada no Conselho Nacional de Saúde, não estando sujeitos aos critérios e preços do livre mercado<sup>84</sup>;
- c) o gestor do SUS deve realizar um chamamento entre todos os interessados em participar do SUS complementarmente, mas nem sempre há disputa entre os fornecedores (base da licitação), porque o Poder Público, na maioria das vezes, não deve contratar a totalidade dos serviços de uma única entidade, em razão da organização dos serviços em rede, que exige fracionamento;
- d) os serviços devem ser adquiridos em territórios demarcados – região de saúde – não sendo passível de chamamento público nacional.
- e) o serviço contratado pode ser complementado com equipamentos e bens públicos necessários aos serviços, conforme ajuste no contrato e compensação financeira; outras vezes, a entidade contratada privada necessita comprar

---

<sup>83</sup> Ressalte-se que a tabela de remuneração de procedimentos utilizada nos contratos administrativos aplica-se, indistintamente, aos contratos com o serviço privado lucrativo e o não lucrativo.

<sup>84</sup> Santos (2015) esclarece que os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial já eram definidos pelo INAMPS em tabela e assim continuaram com modificação ao longo do tempo. O SUS manteve no início o mesmo procedimento de pagamento e foi garantido na Lei que seus preços fundar-se-iam em demonstrativo econômico-financeiro, em razão da alta inflação da época, de garantia da qualidade, submetendo-se às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do SUS, mantido, ainda, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

- equipamento oneroso e não pode ficar sujeita a contrato de pequeno prazo de duração, como é o caso, por exemplo, da hemodiálise.
- f) Muitas vezes, os contratos tem prazos mais longos, fato de se tratar de serviços continuados. Na maioria das vezes – mais de 80%, só existe uma santa casa no município e esse serviço é permanente.
  - g) a direção única em cada esfera de governo – de acordo com as pactuações intergestores – não permite que um município adquira serviço de outro município. Essa questão se vincula às referências sanitárias vinculadas à região de saúde e às definições nas comissões intergestores.
  - h) os chamamentos públicos na saúde devem resguardar as suas especificidades: rede, preço fixo, territorialidade dos serviços em relação à população. Trata-se, na maioria das vezes, muito mais de uma negociação coletiva para complementar uma rede pública do que uma disputa de proposta e preço de serviços com apenas um vencedor.
  - i) as definições das necessidades e parâmetros dos serviços privados complementares dependem de pactuações entre os entes federativos nas instâncias de deliberação do SUS da Lei 12.466.

Por todas as razões acima listadas, Lenir Santos (2015) ensina que, apesar da compra de serviços privados de assistência de entidades com ou sem fins lucrativos, dentro do regime de complementariedade do SUS rege-se pela Lei nº 8.666, de 1993, é inviável tratá-la, integralmente, segundo as disposições dessa lei, especialmente no que concerne às disposições sobre projeto básico, projeto executivo, técnica e preço, escolha de melhor proposta etc.

O regime de compras de serviços assistenciais complementares, adotado no âmbito do SUS obedece a regras próprias, sintonizadas com os requisitos intrínsecos do Sistema, determinados pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.080, de 1990. Suas características de organização dos serviços em rede que requer, na maioria das vezes, o chamamento para a negociação entre todos os interessados em participar do SUS complementarmente, leva à conclusão de que a licitação é inexigível.

### 3. Aplicação da Lei nº 13.019, de 2014 aos ajustes celebrados no âmbito do SUS

Conforme já analisado nos itens 2.4 e 3 deste estudo, não se aplicam as disposições da Lei nº 13.019, de 2014, às relações estabelecidas entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos, no âmbito do SUS, nas seguintes situações:

- a) aos convênios, contratos de gestão, termos de parceria e outros ajustes do gênero, cujo objeto for a parceria e o fomento à atuação do setor privado sem fins lucrativos para a prestação de serviços de assistência à saúde complementares à Rede SUS (conforme art. 3º, inciso III, da Lei 13.019);
- b) aos contratos administrativos celebrados com o setor privado sem fins lucrativos para a compra de serviços de assistência à saúde, com o objetivo de prover insuficiências da rede pública de saúde (conforme art. 3º, inciso III, da Lei 13.019); e
- c) aos ajustes celebrados pelo Ministério da Saúde ou pelas Secretarias de Saúde dos estados, Distrito Federal e municípios com os conselhos de secretários de saúde, na forma prevista no art. 14-B da Lei nº 8080, de 1990 (conforme art. 3º, inciso IX, alínea b).

No entanto, as relações contratuais e conveniais estabelecidas entre os órgãos e entidades públicos que integram o SUS com as entidades civis sem fins lucrativos não se limitam aos três casos acima mencionados. Elas compreendem, também, as relações colaborativas estabelecidas com instituições de pesquisa e desenvolvimento, fundações de apoio, dentre outras entidades integrantes do Terceiro Setor.

O presente estudo contempla, a seguir, breve análise da aplicação das disposições da Lei nº 13.019, de 2014, a outros modelos de parcerias, regidos por legislação específica, que não foram incluídos no rol daquelas desobrigadas da observância dos ditames daquela lei.

#### 3.1. Parcerias com previsão legal

Em princípio, todas as parcerias estabelecidas pelos órgãos e entidades públicos integrantes do SUS com entidades civis sem fins lucrativos, que não estiverem previstas no art. 3º da Lei nº 13.019,

de 2014, estão sujeitas à observância integral de suas disposições. No entanto, será inexigível a realização do chamamento público nos casos em que parceria decorrer de transferência de recursos públicos autorizada em lei, com identificação expressa da entidade beneficiária (conforme art. 31, inciso II).

### **3.2. Parcerias com entidades previamente credenciadas pelo Gestor do SUS**

O art. 30, inciso VI da Lei nº 13.019, de 2014, dispensa o Poder Público de realizar chamamento para seleção da entidade parceira nos casos de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que essas atividades sejam executadas por entidade previamente credenciada pelo órgão gestor da respectiva política.

Esse dispositivo abre margem para o enquadramento de instituições de pesquisa e desenvolvimento reguladas pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e das fundações de apoio qualificadas nos termos da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994; dentre outras.

### **3.3. Parcerias com OSs ou OSCIP para a realização de atividades no âmbito do SUS não enquadráveis no regime de complementariedade**

As eventuais parcerias realizadas por órgãos e entidades integrantes do SUS com entidades civis sem fins lucrativos qualificadas como organizações sociais ou OSCIPs, cujo objeto não seja a prestação de serviços assistenciais de saúde, dentro do regime de complementariedade do Sistema, também poderão estar desobrigadas da observância dos ditames da Lei nº 13.019, de 2014, se atenderem ao disposto na parte final do inciso III do art. 3º - atenderem aos requisitos estabelecidos pelas leis federais de OS ou OSCIP.

Como exemplos de parcerias enquadráveis nesse caso, pode-se citar os contratos de gestão celebrados com OS para o desenvolvimento de atividades de pesquisa e desenvolvimento na área da saúde ou programas e projetos de educação da população, visando a promoção da saúde.

### 3.4. Outras transferências de recursos públicos a entidades civis sem fins lucrativos

Existem, ainda, outras modalidades de destinação de recursos públicos a entidades civis sem fins lucrativos, realizados por determinação legal específica que, nada obstante não haverem sido, explicitamente, incluídos no art. 3º da Lei 13.019, de 2014, *não se enquadram no objeto daquele Diploma Legal*, por não se tratarem de transferências realizadas por força da celebração de parceria com o Poder Público e sim por força de lei.

Nesses casos, inclusive, as transferências de recursos não exigem celebração de convênios, contratos ou outros ajustes, sendo efetivada por portarias ministeriais.

É o caso, por exemplo, da transferência de recursos de que trata a Lei nº 11.345, art. 2º, inciso VI, às Santas Casas de Misericórdia.

## 5. Conclusões.

A incidência das disposições da Lei nº 13.019, de 2014 sobre as relações estabelecidas entre os órgãos e entidades integrantes do SUS e entidades civis sem fins lucrativos é residual, restringindo-se a eventuais convênios não enquadráveis pelas disposições do art. 3º da Lei e às parcerias eventualmente celebradas com fundações de apoio; entidades de desenvolvimento e pesquisa, podendo, ainda, nesses casos, ser dispensada ou mesmo inexigível a realização de chamamento público.

Por esse baixo impacto da Lei no setor da Saúde Pública, muito se deve agradecer à atuação determinante dos representantes do Conselho Nacional de Saúde; do CONASS, do CONASEMS e da Confederação das Misericórdias do Brasil – CMB e especialistas por eles convidados, assim como de Congressistas da área da Saúde Pública, no processo de discussão do projeto de lei de conversão da Medida Provisória nº 684. O PLV nº 21/2015, de autoria do Deputado Eduardo Barbosa reformulou drasticamente o texto original da Lei nº 13.019, para corrigir muitos de seus equívocos conceituais e procedimentais, tendo desobrigado, da observância de suas disposições: (a) as parcerias e contratações celebradas pelo Poder Público com entidades civis para a complementação dos serviços de assistência à saúde da rede pública, disponibilizados à população (art. 3º, inciso IV); e (b) as transferências de recursos destinadas às entidades civis constituídas por autoridades públicas, como é o caso dos conselhos de secretários de saúde.

Nada obstante, a análise realizada no presente estudo levanta alguns pontos importantes que merecem atenção, inclusive, para assegurar segurança jurídica às relações público-privada estabelecidas no âmbito do SUS.

Em primeiro lugar, é preciso reformar a Lei nº 8.080, de 1990, para atualizar o conteúdo de seus artigos 24 a 26, que tratam da participação complementar da iniciativa privada no SUS, e dispor sobre as regras do regime jurídico de parceria e fomento com entidades sem fins lucrativos e da contratação de serviços de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos. As legislações atualmente vigentes sobre fomento e parceria e compras<sup>87</sup> e

---

<sup>87</sup> É fundamental que a Lei nº 8.080, de 1990, disponha sobre os modelos de ajustes possíveis na formação de parcerias e fomento para a complementação de



contratações não disciplinam, integral e satisfatoriamente, as relações entre os setores público e privado não lucrativo constituídas no âmbito do SUS, para a complementação de serviços da rede pública.

Nesse sentido, é fundamental que a Lei nº 8.080, de 1990, discipline de forma mais exaustiva e adequada sobre os modelos possíveis de ajustes que o gestor do SUS pode utilizar para a formação de parcerias e fomento, com o fim de complementar os serviços de saúde oferecidos por sua rede pública, com a atualização do instituto do convênio, contrato de gestão com OS e termo de parceria com OSCIP, para uso no âmbito do SUS. É recomendável, aliás, disciplinar como a hipótese de “*publicização*<sup>88</sup>” de serviços de saúde por meio de qualificação de OS se articula com o instituto da complementariedade apenas no caso de insuficiência de serviços, previsto no art. 24 da Lei nº 8.080.

No campo da legislação de compras e contratos, é preciso dispor sobre as especificidades do regime de contratação de serviços de saúde, no âmbito da participação complementar da iniciativa privada no SUS, mediante a reforma da Lei nº 8.080, de 1990 e da Lei nº 8.666, de 1993. Adicionalmente, deve-se revogar o inciso II do parágrafo único do art. 84 a Lei nº 13.019, de 2014, que determina que os convênios decorrentes da aplicação do inciso IV do art. 3º sejam regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (vide item 2.2.11), cujos dispositivos não atendem às especificidades das relações de fomento e parceria estabelecidas na participação complementar da iniciativa privada no SUS.

Finalmente, cabe questionar a força normativa da Lei nº 13.019, de 2014, em sua pretensão de ser uma lei geral sobre parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em razão da natureza do seu objeto. Conforme discutido no item 2.3.1, as características da matéria tratada na Lei a aproxima mais de uma lei alternativa de compras e contratações do que, propriamente, de parceria e fomento com entidades civis sem fins lucrativos. Nesse caso, ela não teria força normativa para revogar ou substituir os ajustes celebrados pelos órgãos e entidades públicos,

---

serviços da rede pública de saúde, com atualização do instituto do convênio e menção às organizações sociais e oscips.

<sup>88</sup> Publicização é um termo criado no âmbito da Lei Federal nº 9.637, de 1998 para definir a substituição da atuação direta do Poder Público pelo fomento a organizações sociais.

com *finalidades de parceria e fomento*, com base em legislação própria, conforme determinado em seu art. 83.

Por outro lado, se a lei pretendeu tratar, realmente, de relações de parcerias público-privadas, ela não poderia ter se autoproclamado como de âmbito nacional, já que o tema não está previsto no rol daqueles que cabe à União legislar em nível nacional (art. 22 da Constituição).

Ademais, a doutrina jurídica brasileira tem assentado o entendimento de que mesmo nas leis de âmbito nacional editadas pela União, apenas são aplicáveis aos outros entes federativos as normas gerais que especificam. Os demais conteúdos, especialmente os de natureza procedimental, têm aplicação apenas na esfera federal. Isso porque a extensão de matéria infra-legal inserida em lei declarada nacional é inconstitucional, em primeiro lugar por pretender restringir o poder regulamentar do Executivo, não apenas da esfera federal - que tem o poder de reformá-la, quando quiser e precisar, a exemplo da lei de consórcios públicos, que foi alterada para atender às especificidades da Autoridade Pública Olímpica<sup>89</sup> - mas dos estados e municípios. Nesse caso, fere não apenas um dispositivo constitucional mas dois, porquanto desrespeita a autonomia político-administrativa desses entes de organizarem o funcionamento da própria administração pública.

---

<sup>89</sup> Autoridade Pública Olímpica – APO é um consórcio público autárquico, instituído pela União, pelo Estado e pelo Município do Rio de Janeiro.

## 6. Bibliografia

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, Anais da Assembleia Nacional Constituinte, Atas das reuniões da Comissão da Ordem Social, disponível em <http://www2.camara.leg.br>, pesquisa em 20 de junho de 2016.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, SECRETARIA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, ABC do SUS – Doutrina e Princípios, Brasília (DF), 1990

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, SECRETARIA EXECUTIVA, Cartilha para apresentação de propostas ao Ministério da Saúde, Brasília (DF), 2015

CARVALHO, GUIDO IVAN & SANTOS LENIR. SUS – Sistema Único de Saúde – Comentários à Lei Orgânica da Saúde – Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90. 4ª Edição, Editora Unicamp, Campinas (SP), 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009.

PIETRO, MARIA ZYLVIA ZANELLA DI, Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

SALGADO, VALERIA ALPINO BIGONHA, Uma análise crítica dos modelos de parceria entre o poder público e entidades do terceiro setor. In: Congresso CONSAD de Gestão Pública, 6, 2013, Brasília (DF).

SALGADO, VALERIA ALPINO BIGONHA, A constitucionalidade das Organizações Sociais. In: Série Domingueira da Saúde, nº 10, de 14.06.2015. Instituto de Direito Sanitário. Disponível em: [www.idisa.org.br](http://www.idisa.org.br).

SALGADO, VALERIA ALPINO BIGONHA. Aspectos críticos da Lei nº 13.019, de 2014: Uma análise do marco regulatório das organizações do terceiro setor. 2015. Disponível em: [www.bresserpereira.org.br](http://www.bresserpereira.org.br)

SALGADO, VALERIA ALPINO BIGONHA; GRAEF, ALDINO. Relações de parceria entre Poder Público e Entes de Cooperação e Colaboração no Brasil. Série Inovação na Gestão Pública - Cooperação Brasil-Espanha, Livro 1, Editora IABS. Brasília, 2012

SANTOS, LENIR, Serviços Privados no SUS: o regime de complementariedade dos serviços públicos de saúde e a Lei 13.019, de 2014, *in* Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, volume 49, 2015.

