REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA

ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 03 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 02 - JUL/DEZ 2018
ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro,
2018.

Revista de Direito da Administração Pública

Law Journal of Public Administration

Conselho Editorial:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACh), Valdivia, Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turqia
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasílialia, UNB, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de SÃ£o Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goías, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir FranÃ§a, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de SÃ£o Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

Avaliadores:

Prof. Alexandre Santos de Aragão, UERJ.
Sr. Bruno Santos Cunha, USP.
Sr. Ciro Galvão, USP.
Prof. Henrique Cardoso, UFS.
Profa. Irene Nohara, Mackenzie.
Prof. Jamir Ribeiro, UFJF.
Prof. Phillip França, PUC-RJ.
Sr. Márcio Felipe da Cunha, UFF.
Sra. Marina Rúbia de Carvalho, PUC-GO.
Sandro Alves Simões, CESUPA.
Victor Aguiar Jardim de Amorim, IDP.
Wilson Braga da Silva Neto, UNINOVE.

Diagramação e Layout:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 005
Emerson Affonso da Costa Moura

OS INFLUXOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: O DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OBSERVAR PRECEDENTES VINCULANTES 006
Ingrid Bispo dos Santos

GESTÃO DO JUDICIÁRIO E GESTÃO DA QUALIDADE: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS. 063
José Paiva, Alex Pizzio

DESTINAÇÃO DE TERRAS PÚBLICAS NA AMAZÔNIA: DISCRICIONARIEDADE ENTRE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E CRIAÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NUMA ÁREA SOB PRESSÃO AGROPECUÁRIA 095
Ronaldo Pereira Santos, Neuton Alves de Lima

ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA ADMINISTRAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE: EFICIÊNCIA E SEU INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE 119
Laura Jane Ribeiro Garbini Both, André Rodrigues Meneses

A CONTRIBUIÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO: EVOLUÇÃO NORMATIVA E PERSPECTIVA INTERNACIONAL 135
Monica Sousa, Alex Bruno Canela Vilela

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA COMO OBSTÁCULO À ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS 161
Marina Rúbia Mendonça Lôbo de Carvalho, Andressa Guimarães Freire

O POVO COMO FISCAL DA LEI: A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À INFORMAÇÃO PARA O CONTROLE POPULAR DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 190
Vanessa Oliveira de Queiroz

COMPLIANCE NAS EMPRESAS ESTATAIS: APLICAÇÃO DA LEI 13.303/2016 221
Luiza Cadar Almeida Machado Rabelo

O PACTO FEDERATIVO E ECONOMIA SOCIAL E SOLIDÁRIA NO BRASIL 240
José Francisco Siqueira Neto, Daniel Francisco Nagao Menezes

ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA ADMINISTRAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE: EFICIÊNCIA E SEU INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

ACTION OF SOCIAL ORGANIZATIONS IN THE ADMINISTRATION OF HEALTH SERVICES: EFFICIENCY AND ITS INSTRUMENT FOR THE CONCRETIZATION OF THE FUNDAMENTAL HEALTH RIGHT

LAURA JANE RIBEIRO GARBINI BOTH

Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora Pesquisadora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário UniBrasil.

ANDRÉ PAULO RODRIGUES DE MENESES

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário UniBrasil.

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a atuação, legalidade e eficiência das organizações sociais. Uma vez que, esta tem sido motivo de intensos questionamentos, por parte daqueles que não enxergam benefícios na criação de um terceiro setor econômico. Há quem defenda que, é dever exclusivo do poder público, executar e fiscalizar os serviços sociais. A contrário senso há quem defenda uma publicização dos serviços que não são executados apenas pelo poder estatal, mas também pelo setor privado. Sendo assim, porque contrariar uma parceria publico-privada que só objetiva trazer benefícios para a população brasileira? No decorrer deste estudo, será respondido tal questionamento, por meio de reflexões acerca das discussões e alegações de inconstitucionalidade da lei 9.637/98, de parte da lei de licitações ─ 8.666/93. Bem como, da suposta violação dos seguintes preceitos constitucionais: artigo 5ª, XVII e XVIII; artigo 22, XXVII; artigo 23; artigo 37, II, X e XXI; artigo 40, caput e § 4º; artigos 70, 71 e 74; artigo 129; artigo 169; artigo 175; artigo 196; artigo 197; artigo 199, § 1º; artigo 205; artigo 206; artigo 208; artigo 209; artigo 215; artigo 216, § 1º; artigo 218 e artigo 225. Onde será comprovado por meio de dados percentuais a eficiência e os benefícios advindos da sua criação.

PALAVRAS-CHAVES: Organização social; ADI; Inconstitucionalidade; Eficiência.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the performance, legality and efficiency of social organizations. Since this has been the subject of intense questions from those who do not see benefits in the creation of a third economic sector. There are those who argue that it is the exclusive responsibility of the public authorities to execute and supervise social services. On the contrary, there are those who advocate an advertisement of services that are not only carried out by state power, but also by the private sector. So, why oppose a public-private partnership that only aims to bring benefits to the Brazilian population? In the course of this study, this question will be answered, through reflections on the discussions and allegations of unconstitutionality of Law 9.637 / 98, part of the law of bidding - 8.666 / 93. As well as the alleged violation of the following constitutional precepts: Article 5, XVII and XVIII; article 22, XXVII; Article 23; Article 37, II, X and XXI; article 40, caput and paragraph 4; Articles 70, 71 and 74; article 129; Article 169; article 175; Article 196; article 197; article 199, paragraph 1; Article 205; Article 206; article 208; Article 209; Article 215; article 216, paragraph 1; article 218 and article 225. Where will be proven by means of percentage data the efficiency and the benefits coming from its creation.mptions that justify the use of them with greater efficiency in the achievement of the public interest.

KEYWORDS: Social organization; ADI; Unconstitutionality; Efficiency.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme estabelece o artigo 196 da Carta Magna de 1988 ─ Constituição Federal, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, no qual deverá ser assegurado por meio de políticas sociais e econômicas. Apesar de a Lei Maior garantir aos cidadãos brasileiros tal direito, o Poder Público tem enfrentado dificuldades para suprir tal necessidade.

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Sendo assim, a Administração Pública tem contado com a parceria das Organizações Sociais de Saúde (OSS) ─ instituições do setor privado que recebe do setor público um estímulo para que elas auxiliem o Estado na execução de serviços de interesse público (CARVALHO, 2017), objetivando ampliar e melhorar o atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

Ao mesmo tempo, busca incentivar por meio de isenções fiscais, financiamentos públicos entre outras formas, que entidades que já ofereciam esses serviços à comunidade de forma gratuita, continuem a oferecer tais subsídios às comunidades. Consequentemente, tal atitude do poder estatal atribui confiabilidade e credibilidade a essas instituições.

Ocorre que, apesar de tal parceria ser aparentemente vantajosa para o Estado e para a população, tendo em vista que amplia as possibilidades de solucionar o aumento da demanda nos centros de saúde. Verifica-se que em algumas entidades federativas, a situação nos hospitais está cada dia mais precária.

Assim, o presente estudo propõe-se a analisar a atuação das organizações sociais de saúde na concretização do direito fundamental a saúde, considerando sua eficácia normativa atribuída pelo Superior Tribunal Federal (STF), bem como, analisar os aspectos positivos e negativos das OSS's na administração da saúde e relacioná-los com os serviços públicos oferecidos pela administração pública direta e indireta.

Nessa perspectiva, busca-se responder aos seguintes questionamentos: De que forma a atuação das organizações sociais na administração de saúde traz inovações negativas e positivas, em comparação com o modelo de administração dos serviços de saúde da

administração pública direta e indireta? As organizações sociais de saúde são eficientes? Qual a eficácia normativa atribuída pela jurisprudência do STF?

Todavia, não obstante as indagações supramencionadas, o objetivo geral desse estudo é analisar a viabilidade da utilização de organizações sociais de saúde para o real cumprimento do dever do Estado em prover saúde à população brasileira. Noutro caminhar, como objetivos específicos pretende-se analisar os aspectos positivos e negativos das OSS's, bem como, se sua utilização é eficiente, relacionando tais resultados com os modelos de administração dos serviços público da administração direta e indireta.

Posto isto, o procedimento metodológico a ser aplicado é o método dedutivo, que parte do geral para o particular. A análise dos dispositivos mais amplos e específicos, os quais asseguram ao cidadão o direito à saúde de qualidade e o seu devido cumprimento por parte do Estado e as organizações sociais, como também a inter-relação do Estado e organizações sociais para com a sociedade e o poder judiciário, permitindo a plausibilidade da adoção desse método na construção argumentativa e discursiva do corpus do trabalho ora apresentado.

Por fim, para discorrer acerca da temática referida anteriormente, também são adotados procedimentos exploratórios, mediante a análise do material bibliográfico e legislações sobre o tema. A recorrência a material já elaborado por pesquisadores, publicado em livros e artigos científicos, é frequente em quase todos os trabalhos dessa natureza, embora haja estudos desenvolvidos exclusivamente a partir de fontes bibliográficas. Assim, a escolha desse procedimento metodológico se mostra pertinente por haver diversos estudos realizados acerca do tema a ser abordado, além dos diversos dispositivos legais que também contemplam a temática.

II. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Na década de 90, o Brasil passou por diversos problemas sociais e fiscais, que demandou a implementação de medidas de ajustes fiscais, privatizações e reformas no serviço público.

> O enfrentamento desse quadro ensejou a proposição de reformas, patrocinadas em grande escala por organismos internacionais, que podem ser classificadas em dois grupos distintos, ou duas gerações de reformas: a primeira relacionada à implementação de medidas de ajuste fiscal, privatização e liberalização do comércio; a segunda, pela proposta de reforma do Estado, incluindo a reforma do serviço público.(BARBOSA;ELIAS, 2010)

As organizações sociais (OS)são entidade privadas pertencente ao setor público não estatal, também conhecido como terceiro setor, que atuam em parceria com o primeiro setor (administração pública), executando serviços sociais nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, que não são exclusivos do Estado.

> As organizações sociais que venham a celebrar contrato de gestão com o poder público não passam a integrar a estrutura da Administração Indireta. Tais entidades fazem parte do setor público não estatal (Terceiro Setor) e prestam serviços sociais não exclusivos do setor estatal, em regime de parceria com o Estado.(ALEXANDRE;DEUS, 2017)

Essas mudanças foram denominadas de publicização. Esse termo se assemelha a nomenclatura privatização. Porém, essa não pode ser confundida com aquela. Pois, a privatização é quando o poder público vende empresas estatais para empresas do setor privado. Em contrapartida, a publicização é transferir para entidades paraestatais atividades que não são exclusivas do estado.

A respeito do referido assunto, o professor Matheus Carvalho (2017, p. 728) afirma que:

> A legislação foi preponderante como propulsara da reforma do Estado, por meio do programa de publicização da atividade, uma vez que inclui atividades públicas dentro da estrutura de entidades privadas, com a finalidade de se alcançar o interesse coletivo e difundir a execução de serviços de interesse da coletividade.

As entidades privadas do terceiro setor da economia ─ Organizações Sociais (OS) atuam em parceria com o primeiro setor da economia ─ administração pública, exercendo atividades de interesse social.

> As organizações sociais são particulares, sem fins lucrativos, criadas pela lei 9.637/98, para prestação de serviços públicos não exclusivos de Estado, tais como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, entre outros definidos na própria lei. (CARVALHO, 2017, p.728).

Para que essas entidades paraestatais sejam criadas, basta apenas que preencham os requisitos estabelecidos na lei 9.637/98, que dispõe sobre as qualificações necessárias que elas

devem ter, bem como, estabelece outras providências. É necessário esclarecer que, a referida lei só é válida para o âmbito da Administração Pública Federal. Para que os Estados, Distrito Federal e Municípios possam firmar essa parceria com as instituições interessadas, será necessário que esses entes federativos editem suas próprias leis e disciplinem a matéria.

Tais critérios específicos constam expressos no artigo 2º da referida lei, no qual determinam que deva constar nos atos constitutivos dessas instituições, as seguintes informações:

a) A área de atuação (natureza social), que deverá está de acordo com as atividades permitidas no artigo 1º da lei 9.637/98.

b) A finalidade não lucrativa, sendo a entidade obrigada a investir em si própria todo o valor excedente. Imperioso esclarecer que, os montantesexcedentes, pode-se comparar a um "suposto" lucro. Porém, como se trata de organização social, não se deve conceitua-lo dessa forma.

c) As informações sobre a administração da organização social devem está expressos nos atos. Inclusive sobre a existência do órgão de deliberação superior e de direção, que será um conselho de administração e uma diretoria definida nos termos do estatuto. Assegurando a composição e atribuições normativas e de controle básicas previstos em lei. (CARVALHO, 2017)

d) Previsão sobre a possibilidade de representantes do Poder Público participar das deliberações, bem como os membros da comunidade que sejam dotados de capacidade profissional e idoneidade moral.

e) Obrigatoriedade de dar publicidade (no Diário Oficial da União) anualmente dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão.

f) As organizações são proibidas de se desfazerem dos bens ou de parte do patrimônio da instituição, sob qualquer hipótese.

g) As organizações são obrigadas a incorporarem a o seu patrimônio toda e qualquer doação. Entre outras previsões.

> Art. 2o São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:
> I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:
> a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
> b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

> c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
> d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
> e) composição e atribuições da diretoria;
> f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
> g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
> h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
> i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;
> II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado. (BRASIL, 1998)

Dessa forma, após preencher tais requisitos a entidade privada terá a possibilidade de firmar um contrato de gestão com a administração pública, e consequentemente ser qualificado como Organização Social (CARVALHO, 2017). Mas, é importante destacar o fato de que as Organizações Sociais só podem exercer atividades que não são exclusivas do Estado eelas estão condicionadas a fiscalização do ministério ou órgão supervisor da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e em caso de irregularidades, o Tribunal de Contas será cientificado (MOREIRA. 2016).

Outro ponto a ser destacado, é que apesar do controle estratégico ser proveniente do poder público, essas instituições não devem ser confundidas com as entidades da administração diretae indireta, e nem cogitar a hipótese de está sendo criada uma nova pessoa jurídica. Sobre esse assunto, a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (*apud* ALEXANDRE, 2017), afirma

que, o regime jurídico aplicado às entidades que integram o terceiro setor é predominantemente de direito privado, mas modificado parcialmente por normas de direito público.

Nesse mesmo sentido, os professores Ricardo Alexandre e João de Deus (2017) posicionam seus argumentos no sentido de que, independente do compromisso mútuo estabelecido entre poder estatal e entidades não estatais, estas não integrama estrutura da administração indireta.

II. I. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE (OSS)

Buscando reduzir os gastos na área de saúde, e ao mesmo tempo melhorar os serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), os estados têm firmado frequentes contratos de gestão com as OSS's, tal modalidade de contratação também objetiva oferecer a população um atendimento mais aproximado aos que são ofertados pela rede privada de saúde.

> A delegação da prestação de serviços para uma organização filantrópica tem objetivos bem claros: facilitar o acesso aos serviços de saúde para responder ao princípio da equidade, buscar fórmulas para conhecer e moderar o crescimento do gasto, dotar o sistema de estabilidade financeira e garantir a melhoria da qualidade dos serviços. (FUNDAP, 2007 *apud* SOUZA, 2010, p. 7)

De acordo com (PACHECO, 2016), a incapacidade do estado em suprir tais necessidades, vem desde épocas outrora,

> A disseminação de projetos de Reforma do Estado, a partir da década de 1980, nos países desenvolvidos, e na década de 1990, no Brasil, assume que o modelo da administração pública vigente não era mais capaz de atender às novas demandas da sociedade.

Sendo assim, a administração pública decidiu adotar um novo modelo gerencial que tivesse os mesmos princípios basilares da gestão privada. Qual seja,eficiência, concorrência e produtividade, e ao mesmo tempo permanecer no controle, regulando e fiscalizando a execução dos serviços.

O ente federativo que mais utiliza essa forma de gestão é o estado de São Paulo. Conforme pesquisa realizada pelos estudiosos Hironobu Sano e Fernando Luiz Abrucio (2008),

nos anos de 2000 a 2002 as OSS'spaulista apresentaram índices satisfatórios, principalmente no que se refere à diminuição do índice de mortalidade.

Do mesmo modo, os pesquisadores (COSTA; RIBEIRO,2005*apud* SANO; ABRUCIO, 2008, p. 74)montaram um Índice de Eficiência Organizacional que revelou no caso paulista, que nove entre os dez hospitais mais eficientes eram OS. Embora tivesse um orçamento um pouco maior do que os hospitais geridos pela administração direta (variação de 8,1%), seu custo médio era significativamente menor (em torno de 25%).

Ao analisar os dados do estado de Pernambuco, os resultados não diferem dos que foram obtidos nos ano de 2000a 2002 no estado de São Paulo. Ou seja, no ano de 2016 um hospital administrado pela gestão direta realizou 8.465 atendimentos, enquanto que, um hospital administrado por uma OS realizou 11.963 atendimentos. E, apesar do número de atendimento ser expressivamente maior, o custo por produção de uma OS é menor. Pois, de acordo com os dados repassados pelo governo de Pernambuco, o custo por produção de um hospital com gestão direta é de R$ 206,52, em contrapartida, um hospital pertencente ao terceiro setor, custa por produção R$ 181,17 (IBROSS, 2016).

Contudo, posicionamentos contrários à criação das OSS's levaram questionamentos ao Superior Tribunal Federal (STF), por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Dentre os motivos que desencadearam tal movimentação da máquina judiciária, se deve ao fato de que para esses requerentes, o poder público é exclusivamente responsável em executar serviços sociais.

> [...] a Constituição da República, no que toca aos serviços não exclusivos do Estado arrolados no citado artigo 1º, autoriza tão somente uma atuação dos entes do terceiro setor de modo complementar e não uma atuação substitutiva do Poder Público como se pretende com a qualificação dessas entidades como organizações sociais. (REGULES; HIGA, 2015)

Logo, na visão interpretativa daqueles que são contra a atuação das paraestatais, a lei 9.637/98 (dispositivo normativo que regula a qualificação de entidades como Organizações Sociais, cria o programa nacional de publicização e dá outras providências) e o inciso XXIV, do artigo 24 da lei 8.666/93 (lei de licitação) é inconstitucional.

> [...] o modelo adotado implica na indevida transferência do encargo constitucional do Estado de prestar serviços públicos arrolados no artigo 1º do referido diploma legal (saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência) às organizações sociais, entidades privadas não integrantes do aparelho estatal, assim

> qualificadas por ato discricionário do Poder Executivo. [...] Aduz ainda, em apertada síntese, descumprimento ao dever de licitação, ofensa aos princípios da impessoalidade e legalidade, violação às normas relativas às associações, ao concurso público, aos direitos previdenciários dos servidores, ao controle interno e à atuação do Ministério Público. Eis os preceitos constitucionais tidos por violados: artigo 5º, XVII e XVIII; artigo 22, XXVII; artigo 23; artigo 37, II, X e XXI; artigo 40, caput e parágrafo 4º; arts. 70, 71 e 74; artigo 129; artigo 169; artigo 175; artigo 196; artigo 197; artigo 199, parágrafo 1º; artigo 205; artigo 206; artigo 208; artigo 209; artigo 215; artigo 216, parágrafo 1º; artigo 218; e artigo 225. (REGULES; HIGA, 2015)

No caso do referido inciso da lei de licitação, objeto de discussão sobre sua eficácia constitucional, o mesmo regular os casos em que a licitação será dispensável. Sendo importante destacar que, os contratos de prestação de serviços pactuados com as Organizações Sociais estão inseridos nessa previsão normativa.

> Art. 24. É dispensável a licitação:
> XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (BRASIL, 1993)

Contrariamente a essa linha interpretativa o Superior Tribunal Federal ─ STF, não reconheceu a alegada inconstitucionalidade. Por sinal, a ministra Carmem Lúcia fundamentou seu voto com a seguinte afirmação: "o particular pode prestar os serviços em questão, porém com a observação dos princípios e regras da Administração Pública." (SIGNORINI; MUNIZ; SANTOS, 2015).

Isto é, na fundamentação do voto da Excelentíssima Ministra do STF, os contratos de gestão são válidos, mais para isso, deverão seguir os princípios da moralidade ─ atuar com ética, legalidade ─ fazer apenas o que estiver estabelecido em lei, impessoalidade ─ o administrador deverá atuar de acordo com a finalidade pública e não visando interesses particulares, publicidade ─ os atos deverão ser realizados com transparência e as informações como os relatórios financeiros, por exemplo, deverão está disponível para que a população possa consultar. Pois, em regra os atos administrativos não são sigilosos. Por fim, as OSS deverão respeitar também o princípio da eficiência que serve tanto para avaliar o desempenho do Estado como do servidor público.

Em síntese, nas palavras de (ROBERT, Alexy. 1993 *apud* BINENBOJM, Gustavo. 2006):

> [...] princípios jurídicos encerram mandados de otimização, no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Similarmente, o ministro Gilmar Mendes fundamentou seu voto reforçando a importância do Tribunal de Contas em controlar, e do Ministério Público em fiscalizar tais contratos. Uma vez que, os recursos continuam sendo proveniente dos cofres públicos.

Infelizmente a atuação das OSS's não segue um padrão de eficiência e qualidade em todos os setores da administração pública. Consequentemente o seu sucesso fica comprometido em alguns estados. Pois, os resultados positivos estão diretamente relacionados ao modo como cada ente federativo administra e fiscaliza a atuação de cada entidade paraestatal parceira.

O Rio de Janeiro é um desses estados que no ano de 2016 não obtiveram resultados satisfatórios proveniente da gestão das OSS's. Pelo contrário, oito das dez OSS que tinham contratos de gestão firmados com o setor público, foi alvo de investigação do Ministério Público (MP).

> Das dez organizações sociais (OSs) que administram 108 das 248 unidades de saúde da prefeitura do Rio, oito são investigadas em procedimentos no Ministério Público (MP) estadual e em ações no Tribunal de Justiça (TJ) do Rio por suspeitas de irregularidades. Há desde denúncia de não fornecerem condições adequadas aos pacientes, até casos de supostos desvios de recursos públicos. A maioria das investigações teve por base 16 auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas do Município (TCM). Em alguns casos, os auditores constataram sobrepreços de até 508% na compra de medicamentos. (BOTTARI; WERNECK, 2016)

Das irregularidades encontradas, pode-se afirmar que a falha não estava no modelo de gerenciamento do terceiro setor. O problema foi a falta de fiscalização dos recursos que estavam sendo destinados para tais fins. Pois, de acordo com (BOTTARI; WERNECK, 2016),

> Até 2015, as oito investigadas foram contratadas para receberem um total de cerca de R$ 9,2 bilhões, ficando efetivamente com 64% do valor: aproximadamente R$ 6 bilhões. No orçamento de R$ 4,9 bilhões da saúde para 2016, aprovado pela Câmara, as organizações sociais terão 38,8%, ou R$ 1,9 bilhão. O valor é maior do que a maioria dos orçamentos previstos para os 32 órgãos do Poder Executivo, só perdendo para Educação (R$ 6,6 bilhões), Saúde (R$ 4,9 bilhões), Administração (R$ 4,8 bilhões), Obras (R$ 2,7 bilhões) e Conservação (R$ 2,6 bilhões).

III. A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA *VERSUS*AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE

A administração indireta é um tipo de pessoa jurídica criada com o intuito de descentralizar algumas atividades típicas do poder público. Para o professor Matheus Carvalho (2016, p. 159),

> a descentralização trata da repartição de competência entre pessoas físicas e jurídicas. Ocorre porque, tendo em vista a necessidade de especialização dos serviços, o Estado pode transferir a responsabilidade dos exercícios que. lhes são pertinentes, criando pessoas jurídicas especializadas, autorizando que elas executem a prestação dos serviços. Isso é feito porque a transferência a pessoa especializada na prestação de determinado serviço garante uma maior eficiência no desempenho da atividade administrativa, sempre na busca do melhor ao interesse da coletividade.

Do mesmo modo, o professor José dos Santos Carvalho Filho (2016) conceitua a administração indireta da seguinte forma: "Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm oobjetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada."

Dos conceitos acima esposados, é facilmente percebido que o referido conceito se assemelha à conceituação das Organizações Sociais. Uma vez que, ambas são entidades controladas pelo poder estatal e que são oriundas do setor privado, conforme preceitua os estudiosos Ricardo Alexandre e João de Deus (2017):

> não há qualquer relação de subordinação hierárquica entre a entidade administrativa criada e o seu ente político criador.Contudo, apesar da autonomia decorrente da personalidade jurídica própria, as entidades administrativas criadas não são absolutamente independentes; existe uma relação de vinculação entre a pessoa jurídica administrativa e o ente político que a criou, o que possibilita a este exercer um controle de natureza finalística sobre a atuação da entidade criada.

Contudo, apesar das similitudes entre os dois tipos de entidades administrativas descentralizadas, a administração indireta é limitada. Tendo em vista que, de acordo com o artigo 4º, inciso II, do Decreto-lei 200/1967, só pertence à administração indireta as autarquias,

fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Por sinal, é objeto de celeuma o fato dos consórcios públicos também pertencer a administração indireta.

> Art. 4° A Administração Federal compreende:
> I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.
> II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:
> a) Autarquias;
> b) Emprêsas Públicas;
> c) Sociedades de Economia Mista.
> d) fundações públicas. (BRASIL, 1967)

Mas, os professores Ricardo Alexandre e João de Deus (2017) afirmam o entendimento de que, para eles, os consórcios públicos de direito privado são espécies do gênero empresa pública, uma vez que, mesmo com suas notórias peculiaridades, observam todos os elementos do conceito desta.

Enquanto que, as Organizações Sociais são pessoas jurídicas de direito privado, que estão autorizadas no artigo 1º da lei 9637/98, a firmarem contrato de gestão, para executar serviços públicos nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

> Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nestas lei. (BRASIL, 1998)

Dentre os principais motivos que justificam o fato do poder estatal delegar seus serviços para as Organizações Sociais, e não para as entidades pertencentes a administração pública indireta, está relacionado a burocratização dos processos licitatórios. Logo, como as OS são legalmente dispensadas de tal procedimento administrativo, a sua eficiência e agilidade tende a ser mais vantajosa, tanto para o estado, como para a população que tem urgência em ter acessos aos devidos serviços essenciaisa dignidade humana.

IV. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível perceber que as OSS's são uma modalidade de parceria público privada, eficiente. Mas, para que os resultados sejam satisfatórios para a população em geral, é necessário que haja fiscalização constante por parte do Tribunal de Contas.

Sob o mesmo ponto de vista, conclui-se que "[...] os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, cuidados em sede constitucional, no corpo da declaração de direitos fundamentais [...]" (ROCHA, 1999). E, para que ocorra a concretização de tais direitos previstos na Carta Magna de 1988, o estado deve está comprometido com o seu dever constitucional.

É inegável que a Administração Pública existe para o cidadão e a realização dos direitos fundamentais e não para justificar interesses secundários do Estado. Não é o homem que gira em torno do Estado, mas o contrário [...].(SCHIER, 2014). Logo, reafirma-se o compromisso de que, tanto o estado como as entidades qualificadas como Organizações Sociais de saúde, deverão pautar suas condutas no estrito cumprimento dos preceitos legais, bem como, deverão seguir estritamente os princípios basilares que norteiam a administração pública.

Por fim, épossível afirmar que a Constituição do Brasil é uma resposta ao passado, uma garantia do presente e uma proposta para o futuro (CLEVE, Clemerson Merlin. 1994 *apud* SCHIER, Paulo Ricardo. 2014).

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito administrativo.**3ª ed. Método. 2017.

BARBOSA, Nelson Bezerra; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. **As organizações sociais de saúde como forma de gestão público/privado**. Ciência & Saúde Coletiva, 2010. Disponível em:<http://www.redalyc.org/html/630/63017467023/> Acesso em: 12 de set. de 2017.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Terceiro setor: uma análise comparativa das organizações da sociedade civil de interesse público**. 2005. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=754>Acesso em: 12 de set. de 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo - direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Renovar. 2006.

BOTTARI, Elenilce; WERNECK, Antônio. **Das dez OSS que operam no município, oito estão sob investigação.** 2016. Disponível em:<https://oglobo.globo.com/rio/das-dez-oss-que-operam-no-municipio-oito-estao-sob-investigacao-18494571> Acesso em: 14 de set. de 2017.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 14 de set. de 2017.

BRASIL. **Decreto-lei 200/1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> . Acesso em: 16 de set. de 2017.

BRASIL. **Lei 9.637/98.** 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>Acesso em: 12 de set. de 2017.

CAETANO, Ian. **O benefício das OSs**. 2015. Disponível em: <http://www.dm.com.br/opiniao/2015/12/o-beneficio-das-oss.html> Acesso em: 14 de set. de 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito Administrativo.**4ª ed. JusPodivm. 2017.

CONASS - Conselho Nacional de Secretários de Saúde.**Alternativas de gerência de unidades públicas de saúde.** 1ª ed. Brasília. 2015.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. Atlas. 2016.

IBROSS - Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde. **Organizações sociais de saúde em Pernambuco**. 2016. Disponível em: <http://www.ibross.org.br/wp-content/uploads/2016/12/apresenta-Iran-Costa-jr.pdf> Acesso em: 13 de set.de 2017.

JESUS,Iasmine Lorena Silva de. **Organizações Sociais de Saúde: Relato de experiências em gestão hospitalar em três estados brasileiros.** Brasília. 2013.

KOZONOI. Nathalia Batista. **Os modelos gerenciais das organizações sociais: do contrato de gestão à prática.** 2011. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/publicacoes/os_modelos_gerenciais_das_organizacoes_sociais.pdf>Acesso em: 12 de set. de 2017.

MOURA, Elisangela Santos de. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988> Acesso em: 14 de set.de 2017.

MOREIRA, Elisabete de Abreu e Lima. **Administração geral e pública para concursos.**jusPodivm. 2016.

PACHECO, Hélder Freire; JUNIOR,Garibaldi Dantas Gurgel; SANTOS, Francisco de Assis da Silva; FERREIRA, Simone Cristina da Costa; LEAL, Eliane Maria Medeiros. **Organizações sociais como modelo de gestão da assistência à saúde em Pernambuco, Brasil: percepções de gestores.** 2016. Disponível em: <http://www.scielosp.org/pdf/icse/2016nahead/1807-5762-icse-1807-576220150338.pdf>. Acesso em: 12 de set. de 2017.

REGULES,Luis Eduardo Patrone; HIGA, Alberto Shinji. **Supremo definiu elementos indispensáveis para legalidade das OSs**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-23/stf-definiu-elementos-indispensaveis-legalidade-oss> Acesso em: 13 de set. de 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. Saraiva. 1999.

SANO,Hironobu; ABRUCIO, Fernando Luiz. **Promessas e resultados da Nova Gestão Pública no Brasil: o caso das organizações sociais de saúde em São Paul**o. RAE-Revista de Administração de empresas, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**. 2014

SÍDOTI, Pietro. **Organizações sociais de saúde: um modelo a ser entendido.** 2013**.** Disponível em:<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/organizacoes-sociais-de-saude-um-modelo-a-ser-entendido-3vrns26o2i06v6te732k4ujpq>Acesso em: 13 de set. de 2017.

SIGNORINI,Terezinha de Jesus Souza; MUNIZ, Samantha Karin; SANTOS, Amanda Maria Ferreira dos. **STF Decide pela Parcial Procedência da ADI 1923, Conferindo Interpretação de Acordo com a Constituição às Normas que Dispensam Licitação nos Contratos de Gestão Firmados entre o Poder Público e as Organizações Sociais**. 2015. Disponível em:

<http://www.fundacoes.mppr.mp.br/modules/noticias/makepdf.php?storyid=85> Acesso em: 13 de set. de 2017.

SOUZA, Fábio. **A discussão sobre as OSs na saúde.** Disponível em: <http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/a-discussao-sobre-as-oss-na-saude> 2013. Acesso em: 12 de set. de 2017.

SOUZA, Erica Macedo; ALMEIDA, Gilson Rodrigues de. **Avanços e perspectivas do modelo de organização social de saúde no Estado de São Paulo**. 2010. Disponível em: <http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/136/1/C3_TP_AVAN%C3%87OS%20E%20PERSPECTIVAS%20DO%20MODELO%20DE%20ORGANIZA%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DE%20SA%C3%9ADE.pdf>Acesso em: 12 de set. de 2017.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Suspenso julgamento de ADI contra normas que regulamentam as organizações sociais.**2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175978>Acesso em: 11 de set. de 2017