

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



ISSN 2595-5667

# **REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**ANO Nº 02 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 03 - JUL/DEZ 2017**

**ISSN 2595-5667**

**Rio de Janeiro  
2017**

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

## LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

### Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.  
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.  
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.  
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.  
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.  
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.  
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.  
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.  
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.  
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.  
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.  
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.  
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho

### Avaliadores desta Edição:

- |                                       |   |
|---------------------------------------|---|
| Prof. Adriano de Souza Martins, UERJ. | Prof. Dr. Henrique Cardoso, UFS.        |
| Profª. Andréia Gomes, UFF.            | Profª. Dra. Irene Nohara, Mackenzie.    |
| Profª. Ariane Shermam Moraes, UFMG.   | Prof. João Pedro Accioly, UERJ.         |
| Prof. Bruno Teixeira Marcelos, UFF.   | Prof. Ms. Paulo Macera, USP.            |
| Profª. Debora Sotto, PUC-SP.          | Prof. Silvio Teixeira da Costa, PUC-MG. |
| Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ.       | Prof. Dr. Victor Aguiar Jardim, IDP.    |

### Diagramação e Layout:

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

# SUMÁRIO

<i>Apresentação</i> .....	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>A Penalização da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção: Uma Análise do Art. 30 da Lei nº 12.846/13 à luz do Princípio do “Non Bis In Idem”</i> .....	006
Gabriel Farjado	
<i>Parcerias da Administração Pública com as Organizações Sociais na Prestação do Serviço Público de Saúde</i> .....	037
Rossana Cláudia dos Santos Braga	
<i>A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica na Lei 12.846/2013</i> .....	075
Augusto de Paiva Siqueira	
<i>A Aplicação da Arbitragem na Resolução de Conflitos da Administração Pública</i> .....	110
Natália Alves da Silva	
<i>Sistema Notarial Brasileiro versus Norte Americano: Comparação pelas diferenças</i> .....	148
Maria-Maria Martins Silva Stancati	
<i>Intervenção do Estado na Propriedade em Prol da Preservação do Patrimônio Cultural: Uma Análise do Tombamento da Igreja de Nosso Senhor dos Passos e a Limitação ao Direito de Construir</i> .....	172
Tauã Lima Verdán Rangel	

## **PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE**

### **PARTNERSHIPS OF THE PUBLIC ADMINISTRATION WITH THE SOCIAL ORGANIZATIONS IN THE PROVISION OF THE PUBLIC HEALTH SERVICE**

**ROSSANA CLAÚDIA DOS SANTOS BRAGA**

*Especialista em Direito da Administração Pública pela  
Universidade Federal Fluminense.*

**RESUMO:** Nos dias atuais, não cabe mais ao Estado ser o único responsável pela prestação de serviços públicos, uma vez que o interesse público não está mais adstrito ao âmbito estatal, haja vista a superação da dicotomia entre o público e o privado, sendo todos corresponsáveis e colaboradores para atingir o fim coletivo. Nesta linha de raciocínio, o surgimento do ente público não estatal tem por objetivo diminuir uma função pública, não exclusiva do Estado, a fim de prestar um serviço mais eficiente e de qualidade à sociedade. A possibilidade de celebração de parcerias da Administração Pública com entidades do terceiro setor, em particular, as Organizações Sociais, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, mediante contrato de gestão, tem sido cada vez mais utilizada na prestação do serviço público de saúde. No entanto, posições contrárias à discricionariedade de determinados dispositivos da Lei nº 9.637/1998 deixam dúvidas quanto à aplicabilidade desta norma diante das disposições constitucionais acerca da matéria.

**PALAVRAS CHAVES:** Reforma do Estado. Administração Pública. Serviço Público de Saúde. Terceiro Setor. Organizações Sociais.

**SUMMARY:** Nowadays, it is no longer the State alone that is responsible for the provision of public services, since the public interest is no longer bound to the state sphere, in order to overcome the dichotomy between the public and the private, all of which are jointly responsible and collaborators to achieve the collective end. In this line of reasoning, the emergence of the non-state public entity aims to reduce a public function, not exclusive to the State, in order to provide a more efficient and quality service to society. The possibility of entering into Public Administration partnerships with third sector entities, in particular Social Organizations, a private non-profit legal entity under a management contract, has been increasingly used in the provision of the public health service. However, positions contrary to the discretion of certain provisions of Law nº 9.637/1998 cast doubt on the applicability of this provision to constitutional provisions on the matter.

**KEYWORDS:** State Reform. Public Administration. Public Health Service. Third Sector. Social Organizations.

## I. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se verificado uma mudança na estrutura do Estado, que teve como marco inicial a Reforma do Estado<sup>15</sup> na década de 90. Desde então, com o fim de adaptar-se à modernidade, ao gerenciamento eficiente das atividades e ao fenômeno da globalização econômica, busca-se uma administração pautada na prestação dos serviços públicos através de instrumentos de descentralização, parcerias e terceirizações.

Os movimentos reformadores e modernizadores do Estado dizem respeito ao emprego em larga escala de métodos e técnicas negociais ou contratualizadas no campo das atividades desenvolvidas pelos órgãos e entidades públicas. Tais atividades podem envolver unicamente a participação de órgãos e entidades públicas, como também contemplar a sua interação com organizações providas de finalidade lucrativa (setor privado) ou destituídas de finalidade lucrativa (entidades do terceiro setor – Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público).<sup>16</sup>

A implementação das Organizações Sociais foi uma estratégia central do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que tem como propósito genérico permitir e incentivar a publicização, ou seja, a produção não lucrativa pela sociedade de bens ou serviços públicos não exclusivos do Estado.<sup>17</sup>

A Constituição Federal de 1988 deixa claro que determinados serviços públicos não são exclusivos do Poder Público, especialmente, os serviços de saúde e ensino<sup>18</sup>, onde se

---

<sup>15</sup> “Uma forma de conceituar a Reforma do Estado, é entendê-la como um processo de criação ou de transformação de instituições, de forma a aumentar a governança e a governabilidade.” (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do estado dos anos 90*. In: Lua Nova – Revista de Cultura e Política – rumo das reformas, n° 45, 1998. p.61.)

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.23.

<sup>17</sup> BRASIL. Cadernos MARE da reforma do Estado Organizações Sociais. Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da administração e Reforma do Estado, 1997. Vol. 2. p.7.

<sup>18</sup> Neste sentido, Luciana de Medeiros Fernandes: “diante das discussões doutrinárias e das conclusões, (...) têm-se: a) os serviços de educação e de saúde são serviços públicos, quando prestados pelo Estado, sob regime de direito público, valendo salientar que, nos termos da Constituição brasileira em vigor, a titularidade não é exclusiva do Estado, estando aberta sua exploração, desde logo, pela iniciativa privada, sob regime próprio, embora com uma regulação estatal mais vigorosa, se compara com outras áreas de atuação não exclusivas, em razão dos bens jurídicos a proteger; b) quando prestados pela iniciativa privada, sob o regime de direito privado, mesmo que com forte regulação, com intuito lucrativo, os serviços de educação e de saúde não são serviços públicos, embora persistam com relevância pública, segundo o Texto Constitucional; c) quando prestados pela iniciativa privada, sob o regime de direito privado, mesmo que com forte regulação, sem intuito lucrativo, os serviços de educação e de saúde não são serviços públicos, nos mesmos moldes do contido na letra imediatamente anterior; d) quando prestados por entes privados, criados na forma prevista pelas normas jurídicas de direito privado, sem intuito lucrativo, mas sujeitos à interferência estatal, que não se limita a impor a regulação exigida para todos os prestadores privados de serviços dessa natureza, sustentando-os com recursos públicos, “patrimonializando-os” com os bens públicos e movimentando-os através de servidores públicos cedidos de quadros formados pela extinção de entidades públicas, então, os serviços de educação e de saúde são efetivamente serviços públicos, com todas as conseqüências daí derivadas, especialmente a

verifica uma dupla possibilidade: prestação pelo Poder Público, com a participação da comunidade, ou prestação pelo particular.

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, de acesso universal, assim reza a Constituição Federal de 1988. No entanto, essa não é uma realidade encontrada pela população, principalmente aquela mais carente de recursos, uma vez que, atualmente, o atendimento realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) é ineficiente, precário, indigno e incapaz de atender os anseios da coletividade.

Por isso, observa-se nos dias atuais uma judicialização excessiva do direito à saúde<sup>19</sup>, em face da péssima prestação desse serviço público, pois se trata do último recurso do qual dispõe o cidadão para garantir o direito constitucional à saúde a ser prestado pelo Estado.

Neste contexto, a parceria da Administração Pública com as Organizações Sociais vem sendo implantada como uma forma de solução aos inúmeros problemas da prestação dos serviços públicos de saúde nos dias de hoje. No entanto, tais parcerias veem gerando dúvidas e críticas, em virtude, principalmente, da preocupação com a preservação do patrimônio público, com a dispensa de licitação, dispensa de concurso público para contratação de pessoal, e em relação à gratuidade e a universalidade de acesso aos serviços públicos.<sup>20</sup>

As Organizações Sociais são instituições que integram o terceiro setor, assim entendido como aquele que é composto por entidades da sociedade civil que exercem atividades de interesse público e não lucrativas.

Seria esta uma solução para atender adequadamente às necessidades da população de forma eficiente, eficaz e de qualidade, no que diz respeito aos serviços de saúde pública?

O presente estudo tem como objetivo principal examinar a instituição da parceria da Administração Pública com as Organizações Sociais no Brasil, analisando a viabilidade desta alternativa para a crise na prestação dos serviços públicos de saúde. Para tanto, serão estudados alguns pontos: a Reforma do Estado e a consequente Reforma da Administração Pública; a estrutura organizacional da Administração Pública; a prestação dos serviços

---

*vinculação às normas de regime jurídico de direito público, como se fora uma delegação anômala.*" (FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Reforma do estado e terceiro setor*. Curitiba: Juruá, 2009. p.81).

<sup>19</sup> Neste sentido, Luis Roberto Barroso: "*A normatividade e a efetividade da disposições constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma virada jurisprudencial que é celebrada como uma importante conquista. Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a intervenções diversas, sobretudo quando excessivamente da deliberação dos outros Poderes*". (BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: *Revista de direito da procuradoria geral do estado do Rio de Janeiro*. n.63, 2009. p.12).

<sup>20</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.114.

públicos e de saúde no direito brasileiro e no direito comparado; a estrutura das Organizações Sociais; e as críticas à transferência da prestação dos serviços de saúde do Poder Público para as Organizações Sociais.

Em síntese, a pesquisa em questão consiste em uma análise crítica do processo de reforma da Administração Pública, no que se refere, em particular, à instituição das Organizações Sociais na prestação do serviço público de saúde.

## **II. FATORES DA CULMINÂNCIA E DO DECAIMENTO DOS PRADRÕES DE ESTADO E REDIRECIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA<sup>21</sup>**

O Estado consagra certos modelos cujo sentido advém do contexto histórico, ideológico ou político em que concebidos.<sup>22</sup>

No Estado Absoluto, todo o poder era centralizado nas mãos de um soberano dentro de certo território, sujeitando os demais à mesma ordem jurídica e o não reconhecimento de outras ordens como aplicáveis. O poder soberano não encontra limitação, quer interna, quer externa.<sup>23</sup>

O Estado Liberal caracterizava-se pelo não intervencionismo, pois se partia da premissa de que “*o Estado que governa melhor é aquele que governa menos*”, ou seja, o Estado assume uma postura não interferente, na medida em que o progresso social e econômico seria imanente à efetivação da liberdade dos sujeitos sociais, dela ele derivando espontaneamente.<sup>24</sup>

Em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, por suas consequências funestas no âmbito econômico e social, que foi acentuada com o não intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo. Os princípios do liberalismo, calcados na pregação radical do individualismo e da livre competição, voltados para a proteção da liberdade e da igualdade, tinham-se mostrado insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Terminologia utilizada por FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Reforma do estado e terceiro setor*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 83.

<sup>22</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª Ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 29.

<sup>23</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Ob cit.*, p.33.

<sup>24</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob.cit.*, p. 94.

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 8.

O desgaste da forma do Estado Liberal está ligado às várias crises que se verificaram nos sistemas capitalistas de cunho liberal, como a quebra da Bolsa de Nova York (1929) e as recessões pós-guerra, gerando grande instabilidade e, conseqüentemente, a necessidade de uma maior intervenção do Estado, que passou a dirigir inúmeros setores da economia, com vistas a garantir sua manutenção e seu equilíbrio.<sup>26</sup>

Consolida-se, então, o Estado Social, também chamado Estado do Bem-Estar, Estado Providência ou Estado Social de Direito<sup>27</sup>. O Estado surge em sua nova concepção, com missão de buscar a igualdade, intervindo na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos, verificando-se a preocupação com o bem comum, interesse público, em substituição ao individualismo imperante no Estado Liberal<sup>28</sup>. Verificou-se neste período, um crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio da separação de Poderes e conduz à ineficiência na prestação de serviços.<sup>29</sup>

Em oposição ao Estado Social, que se encontrava em situação falimentar, projetou-se o Estado Neoliberal, que alguns identificam com a denominação de Estado Mínimo<sup>30</sup>. Neste período, postularam-se a retomada das políticas de não intervenção, a redução do tamanho do Estado, com a limitação de sua interferência no campo econômico, que não lhe seria próprio, com a privatização dos setores não relacionados à atividade tipicamente estatal, bem como com a redefinição do seu papel, promovendo-se a passagem do Estado provedor, ao Estado austero, com funções resumidas ao aconselhamento e à orientação.<sup>31</sup>

Como resultado desse processo de transformação, o Estado mostra hoje uma configuração que trouxe profundas conseqüências nos setores econômicos e sociais da coletividade. A atuação no âmbito econômico deixou de ser algo externo e estranho e passou a integrar o rol de funções do Estado, mesmo mantendo-se o princípio da iniciativa privada, ampliaram-se também as funções sociais e assistenciais, e assim, a máquina administrativa cresceu em quantidade e complexidade. Floresceram inúmeras entidades e associações privadas que exercem contínua pressão sobre os poderes estatais na busca de realização dos interesses que defendem.<sup>32</sup>

---

<sup>26</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob.cit.*, p. 104.

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p. 8-9.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p. 11.

<sup>30</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob.cit.*, p. 113.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p.116.

<sup>32</sup> MEDAUAR, Odete. *Ob. cit.*, p.29.

Com as transformações no modo de atuar do Estado e na estrutura da sociedade, agora vinculados e condicionados por número crescente de inter-relações, a Administração Pública se vê obrigada a olhar para fora de si mesma, relacionando-se de modo mais intenso com o entorno social<sup>33</sup>. Os vínculos mais estreitos entre Estado e sociedade vão acarretar em novos mecanismos nas atividades administrativas, nem sempre possíveis de enquadrar em figuras jurídicas clássicas, elaboradas para outra realidade.<sup>34</sup>

Surge, então, o Estado Subsidiário que se fundamenta no Princípio da Subsidiariedade, que está na própria base da nova concepção do Estado de Direito Social e Democrático, ou seja, de um Estado em que direitos fundamentais do homem já não constituem apenas uma barreira à atuação do Estado, como se via no período liberal, mas constituem a própria razão de ser do Estado, cabendo a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade, para isso é necessário que se criem condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais.<sup>35</sup>

Os ideais deste Estado Subsidiário embasaram a Reforma do Estado, preconizada no Brasil pelo Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE.<sup>36</sup>

## III. A REFORMA DO ESTADO

A Reforma do Estado se originou da crise fiscal derivada do Estado Providência<sup>37</sup> ou do Bem-Estar Social, a partir da década de 80, que sob o impacto da globalização, fomentou o ressurgimento do neoliberalismo.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p.32.

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob.cit.*, p.15-16.

<sup>36</sup> FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 41.

<sup>37</sup> Neste sentido, Fernando Herren Aguillar: “a partir da década de 80 passou-se a referir ao Estado Providência como instituição em crise. A provisão estatal de seguro-desemprego, de assistência social sem custo, incluindo setores como saúde e educação, previdência social, etc., deu origem, ao longo dos anos, a enorme déficit orçamentário, cujas consequências nefastas começaram a se fazer sentir apenas algum tempo após sua instituição. Ainda que se reconheça que tais medidas cumpriram seu papel conjunturalmente, o sistema é generalizadamente tido por inepto, ineficiente, deformador moral e inibidor do desenvolvimento da economia privada”. (AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. p.23.)

<sup>38</sup> Neste sentido, Luciana de Medeiros Fernandes, “O Estado neoliberal, reação ao Estado social, elegeu, originariamente, a preocupação monetária, como a mais importante atribuição do ente estatal, que, portanto, deveria se abrir à capacidade contributiva e, sobretudo, produtiva da iniciativa privada, em relação a todos os demais âmbitos de atuação. Segundo seus teóricos mais representativos, não mais havia espaço para o Estado

A Reforma do Estado é vista frequentemente como um processo de redução do tamanho do Estado, envolvendo a delimitação de sua abrangência institucional e a redefinição de seu papel.<sup>39</sup>

A partir do conceito de Estado, era preciso delimitar as suas funções, por meio de programas de privatização, terceirização e publicização; reduzir o seu grau de interferência ao efetivamente necessário, através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via mercado; aumentar a sua governança, isto é, sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que devolve autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa rumo a uma administração pública gerencial, e da separação, dentro do Estado, ao nível das atividades exclusivas de Estado, entre a formulação de políticas públicas e a sua execução; e, por fim, aumentar a governabilidade, ou seja, o poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta.<sup>40</sup>

A crise do Estado brasileiro, na década de 90, tornou a Reforma do Estado uma obsessão para a elite governamental e política do país. O fato do Estado não conseguir implantar políticas públicas, por causa da perda de sua capacidade de investimento decorrente da falta de equilíbrio nas finanças estatais, não pode ser considerado isoladamente para explicar a crise do Estado. O afastamento do Estado da sociedade civil, e por conta disto a incapacidade do Estado em resolver os anseios da sociedade, já que ele não consegue estabelecer com ela, de forma consensual, a sua atuação no atendimento ao interesse público, é também um fator que compõe e evidencia a crise.<sup>41</sup>

Neste período, observou-se uma significativa mudança, principalmente nas áreas econômica e jurídica, no que diz respeito às relações entre o Estado, a Administração Pública, e os diversos setores da sociedade.

O que se buscava com a Reforma era um Estado mais eficiente, agindo em parceria com a sociedade, e respondendo aos seus anseios.

---

*como ator principal, devendo ele se limitar à condição de coadjuvante, reconhecendo e estimulando a atuação individual, reintroduzindo-a nos campos que ele havia, tempos atrás, tomado, desarrazoadamente, como atribuição própria. Por este motivo, a proclamação da terminologia “Estado mínimo”.* (FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Reforma do estado e terceiro setor*. Curitiba: Juruá, 2009. p.27.)

<sup>39</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Ob. cit.* p.62-63.

<sup>40</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Ob. cit.* p.60.

<sup>41</sup> Nesse sentido: BRAGA, Rita de Cassia dos Santos. *O Estado brasileiro e a sociedade civil*. 2002. p.19-22.

## II.II. A REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No processo de redefinição do papel do Estado, voluntário ou imposto pelas circunstâncias mundiais, foi necessário redefinir também o papel da Administração Pública, incluindo a máquina que o faz funcionar, o aparelho que realiza ou executa a atividade material no seu âmbito interno. A transferência de parte dessa atividade material para a iniciativa privada passou a exigir que se reconfigurassem as formas de relacionamento da Administração com aqueles que passaram a se ocupar dela, fosse revendo o regime de concessões de serviços públicos, bem como as formas de descentralização e desconcentração de atividades, fosse criando um novo estatuto para os serviços e atividades privatizados, fosse conferindo um perfil jurídico aos novos modos de compartilhamento de responsabilidades, genericamente reunidos sob a palavra “parcerias”<sup>42</sup>, ainda que não se alterasse o rol das funções da Administração Pública, mantendo-se a clássica tripartição entre fomento, poder de polícia e serviço público, ou numa terminologia atualizada, fomento, ordenação e gestão.<sup>43</sup>

A Administração Pública reflete as características e distorções do sistema político do Estado<sup>44</sup>, sendo assim, a estrutura organizacional da Administração e a definição de quais atividades serão considerados serviços públicos, resultam da concepção política dominante sobre qual papel deve desempenhar o Estado.

A reforma pela qual a Administração Pública passa, desde a década de 80, acompanha o movimento de globalização<sup>45</sup> que vem tomando conta do mundo, e essa reforma é irreversível, pois a realidade é de crise, especialmente a crise financeira. Ademais, a Constituição Federal atribui competências ao poder público que ele não tem condições de

---

<sup>42</sup> “o vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para a satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive lucro. Todavia, a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a idéia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não econômica.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p.22.)

<sup>43</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

<sup>44</sup> Nesse sentido: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.31.

<sup>45</sup> Neste sentido, Maria Tereza Fonseca Dias: “A globalização é, assim, um desafio decorrente de diferenças de visão mundo para as abordagens dominantes do início deste século, visto que tem como uma de suas maiores consequências a homogeneização da cultura *a partir de cima*, mediante um processo de exclusão social – fato que notoriamente tem ocorrido com a reforma administrativa, em diversos países”. (DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 137).

cumprir a contento, uma vez que faltam verbas nas áreas de saúde, educação, previdência social, moradia, transporte, segurança, isso para falar apenas nas atividades essenciais.<sup>46</sup>

No Brasil, os objetivos da reforma ficaram expressos no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE<sup>47</sup>, onde se faz uma distinção entre Reforma do Estado e Reforma do Aparelho do Estado, a primeira é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto a segunda tem um escopo mais restrito, está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania.<sup>48</sup>

A ideia central da Reforma do Aparelho do Estado é a de transformar a Administração Pública burocrática, rígida, ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma Administração Pública Gerencial<sup>49</sup>, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão.<sup>50</sup>

O destaque da Reforma da Administração Pública no discurso reformador governamental, era a proposta de uma Administração moderna, baseada nas diretrizes da eficiência administrativa<sup>51</sup> e na qualidade da prestação de serviços. Nessa linha, tornou-se constitucionalmente exigível a eficiência do setor público, em sua atuação como gestor de interesses da sociedade, elevando-a a direito difuso da cidadania.<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p. 28.

<sup>47</sup> Insta salientar que o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado foi extinto, passando a competência para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p.31.

<sup>49</sup> *‘A administração pública gerencial “emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública – a necessidade de restringir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se então essencial. A reforma do aparelhamento do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações”.*’ (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Ob. cit.*, p.31-32).

<sup>50</sup> *Ibidem*, p.31.

<sup>51</sup> Segundo Alexandre de Moraes, “o princípio da eficiência impõe à Administração Pública, seja direta ou indireta, e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social”. (MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa – Emenda constitucional n° 19/98*. rev. ampl. e atual. 3 ed. São Paulo: editora Atlas, 1999. p. 30).

<sup>52</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.32.

### II.III. DESESTATIZAÇÃO, PRIVATIZAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO

O Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031/1990, que foi revogada pela Lei nº 9.491/1997, foi o primeiro grande passo para mudar o desenho do Estado como prestador de serviços. O principal objetivo do Programa foi o de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.<sup>53</sup>

Tem-se procurado distinguir os vocábulos desestatização e privatização<sup>54</sup>, o primeiro representa a saída do Estado de certas áreas, transmutando-se de área, do público para o privado. O segundo indica tornar algo privado, ou melhor, converter algo em privado. O que ocorre é que as expressões são utilizadas com certa equivalência, usando-se desestatização como gênero e privatização como espécie.

A desestatização é a venda de ações de empresa estatal para o setor privado, que por esse modo, perde a natureza de empresa sob controle acionário do Estado para transformar-se em empresa privada<sup>55</sup>, e atinge as atividades típicas desse Estado, como na prestação de serviços públicos, cujos princípios da economicidade e da eficiência sugerem uma iniciativa privada a realizá-la com maior agilidade e sem gastos públicos.<sup>56</sup>

A terceirização aparece hoje entre os institutos pelos quais a Administração Pública moderna busca parceria com o setor privado para a realização de suas atividades, e constitui uma das formas de privatização em sentido amplo.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 22ª ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.331.

<sup>54</sup> “Anteriormente, a Lei nº 8031/90 usava o termo “privatização”, mas a nova ideia proveniente do vocábulo acabou gerando interpretação desconforme ao preceito legal, entendendo algumas pessoas que significaria privatizar atividades, o que não seria verdadeiro, visto que muitas das atividades do programa continuariam e continuam a caracterizar-se como serviços públicos; a privatização, assim, não seria da atividade ou serviço, mas sim do executor da atividade ou serviço. A Lei nº 9491/97, porém, passou a denominar de desestatização o que a lei anterior chamava de privatização (...)”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob.cit.* p.333).

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Ob. cit.*, p.211.

<sup>56</sup> JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. *Direito administrativo, parte 1: estado gerencial brasileiro*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p.6.

<sup>57</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esclarece que a privatização em sentido amplo, “abrange todas as formas pelas quais se busca uma diminuição do tamanho do Estado, podendo abranger a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico), a desmonopolização de atividades econômicas, a privatização de serviços públicos (quando a atividade deixa de ser serviço público e volta à iniciativa privada) a concessão de serviços públicos (dada a empresa privada e não mais a empresa estatal, como vinha ocorrendo) e as contratações de terceiros (contracting out), em que a Administração Pública celebra ajustes de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, como os contratos de obras e prestação de serviços (a título de terceirização), os convênios, os contratos de gestão, os termos de parceria”. (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Ob. cit.*, p.211.)

## II.IV. SETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA<sup>58</sup>

Para falar da Administração Pública brasileira e na sua ordenação pelo direito administrativo é necessário saber o sentido a qual se refere, pois a Administração Pública no sentido objetivo, exprime a ideia de atividade, tarefa, ação, enfim a própria função administrativa, constituindo-se como o alvo que o governo quer alcançar; e, no sentido subjetivo, ao contrário, a expressão indica o universo de órgãos e pessoas que desempenham a mesma função.<sup>59</sup>

Com a reformulação do papel do Estado, ocorreram várias modificações, não apenas no setor público, mas também no setor privado, já que as atividades econômicas, antes assumidas pelo poder público, passaram para outras estruturas de nossa sociedade, especialmente para a iniciativa privada ou mercado.<sup>60</sup>

O Estado Gerencial, adotado pelo governo federal brasileiro<sup>61</sup>, retrata a mudança de atuação do Estado, que antes era agente executor, passando a se constituir em agente regulador das atividades desestatizadas.<sup>62</sup>

Na administração gerencial, busca-se definir com precisão as metas de cada órgão; outorgar maior autonomia ao administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros, para que possa alcançar os objetivos contratados; instituir o controle *a posteriori* ou de resultados. Além disso, deve haver maior participação do cidadão e das entidades privadas na administração pública.<sup>63</sup>

---

<sup>58</sup> Neste trabalho usou-se a terminologia de Administração Pública Gerencial dividida em setores (primeiro, segundo e terceiro setor), utilizada por Luiz Oliveira Castro Jungstedt, não se utilizando a terminologia tradicional do direito administrativo brasileiro, que divide a Administração Pública em direta, indireta e entidades paralelas ao Estado, estas correspondem as entidades do terceiro setor, neste sentido Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanela Di Pietro, Hely Lopes Meirelles. Para estes Administrativistas, essas entidades abrangeriam pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção, pois estariam realizando atividades que beneficiam a população. Odete Medauar ressalta que é difícil classificar ou conferir-lhes nome genérico aos entes em situação peculiar, dentre os quais estão inseridos as organizações sociais (MEDAUAR, Odete. *Ob.cit.*, p.109).

<sup>59</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob.cit.*, p. 428-429.

<sup>60</sup> JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. *Direito administrativo, parte 1: estado gerencial brasileiro*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p.6.

<sup>61</sup> Segundo Luiz Oliveira Castro Jungstedt, “os autores do Direito Administrativo resistiram em utilizar a denominação “Estado gerencial Brasileiro”, entendendo que se tratava de um movimento político-partidário. (JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. *Ob. cit.*, p.9)

<sup>62</sup> O fundamento jurídico da criação do Estado Gerencial Brasileiro está na Constituição Federal de 1988, art. 170 e seguintes, que tratam das regras gerais para o processo de desestatização. (JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. *Ob. cit.*, p. 8).

<sup>63</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Ob. cit.*, p.32.

### II.IV.I. Primeiro Setor da Administração Pública

O primeiro setor da Administração Pública configura a própria Administração, tradicionalmente dividida em administração direta e indireta<sup>64</sup>, tendo em vista o disposto nos artigos 4º e 5º do Decreto-Lei nº 200/1967.

A administração direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades do Estado, ou seja, a Administração Pública é, ao mesmo tempo, a titular e a executora do serviço público. Sendo assim, a administração direta é composta pelos entes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos considerados pessoas jurídicas de direito público políticas, com atribuições previstas na Constituição Federal.

A administração indireta é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva administração direta, tem o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada<sup>65</sup>. É composta pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedade de economia mista.

Desta forma, a organização administrativa resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa. Como o Estado atua por meio de órgãos, agentes e pessoas jurídicas, sua organização se calca em três situações fundamentais: a centralização, a descentralização e desconcentração.

A centralização é a situação em que o estado executa suas tarefas diretamente, isto é, por intermédio dos inúmeros órgão e agentes administrativos que compõe sua estrutura funcional. Pela descentralização, ele o faz indiretamente, ou seja, delega a atividade a outras entidades. Na desconcentração, desmembra órgãos para propiciar melhoria na sua organização estrutural.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Para Hely Lopes Meirelles, a nomenclatura correta é Administração centralizada e descentralizada, mas a Constituição da República e o Dec.-lei 200/67 só usam as expressões Administração direta e indireta que passamos a adotar para evitar divergências terminológicas entre a doutrina e a legislação. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.63 [nota de rodapé])

<sup>65</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob.cit.*, p. 430,435.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 429.

## II.IV.II. Segundo Setor da Administração Pública

O segundo setor da Administração Pública é constituído por parcerias entre o poder público e a iniciativa privada com fins lucrativos, realizadas através da delegação de serviço público a entidade parceira, e formalizadas por um contrato após procedimento licitatório obrigatório, conforme mandamento Constitucional.<sup>67</sup>

A parceria da Administração Pública com o setor privado serve ao objetivo de diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração, através de instrumentos de concessão e permissão de serviços públicos (Lei n° 8.987/1995 e Lei n° 9.074/1995), ou de parcerias público-privadas (Lei n° 11.079/2004), com a conseqüente extinção ou diminuição de órgãos públicos e entidades da administração indireta e diminuição do quadro de servidores. Ademais, serve também ao objetivo de fomento à iniciativa privada, quando deficiente, de modo a ajudá-la no desempenho de atividades de interesse público e, ainda, serve ao objetivo de eficiência, porque introduz, ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente, seriam mais adequados.<sup>68</sup>

A justificativa para estas parcerias é fortalecida pela alegação de que o Estado não possui recursos necessários para investir em diversas áreas de interesse da coletividade, e por isso, busca recursos na iniciativa privada, para que esta faça os investimentos e passe a dar gestão eficiente ao serviço público.<sup>69</sup>

### 2.4.3 – Terceiro Setor da Administração Pública

O terceiro setor da Administração Pública é aquele composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos. Esse setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado.<sup>70</sup>

Na realidade, o terceiro setor caracteriza-se por prestar atividade de interesse da coletividade, por iniciativa privada, sem fins lucrativos, precisamente pelo interesse público da atividade, recebendo, em muitos casos, verbas públicas por parte do Estado, dentro da

---

<sup>67</sup> JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. *Ob. cit.*, p.10.

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p.23.

<sup>69</sup> JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. *Ob. cit.*, p.10.

<sup>70</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 413.

atividade de fomento. Para tanto, a entidade deve preencher os requisitos da lei, recebendo o título de utilidade pública, o certificado de fins filantrópicos, a qualificação de organização social (Lei nº 9.637/1998) ou organização da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/1999).<sup>71</sup>

Para alguns autores, o terceiro setor é constituído por novas parcerias do poder público<sup>72</sup>, e as entidades parceiras se incluem entre as públicas não estatais<sup>73</sup>; entende-se que são públicas, porque prestam atividade de interesse público, e não estatais, porque não integram a Administração Pública direta ou indireta.<sup>74</sup>

As áreas abrangidas por tais parcerias são, tradicionalmente, educação, saúde, assistência social, meio ambiente, pesquisas, desenvolvimento tecnológicos, entre outros. O poder público colabora na realização destas atividades por meio da transferência de recursos públicos, por via de transferências voluntárias, ou ainda pela criação de contribuições sociais para serem administrada pela instituição privada.<sup>75</sup>

Na verdade, a expressão terceiro setor, de modo amplo, não encontra uma utilização unívoca, assim, não abarca apenas as instituições de caridade e filantrópicas, normalmente vinculadas a projetos religiosos, envolvendo também, a depender do autor que analise a temática, as organizações não governamentais (ONGS), as associações de moradores, as entidades sindicais, os clubes, as instituições culturais, os empreendimentos de solidariedade ou responsabilidade social de empresas privadas, os movimentos sociais organizados e as ações voluntárias. Compreendendo ainda, hodiernamente, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público criadas com a Reforma do Estado brasileiro, marcadas não pela afetação ao lucro, mas sim pela realização de objetivos de interesse social, geral ou coletivo.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, p.414.

<sup>72</sup> Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello: *‘as “organizações sociais” e as “organizações da sociedade civil de interesse público”, ressalta-se, não são pessoas da Administração indireta, pois, como além se esclarece, são organizações particulares alheias à estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público (que as concebeu normativamente) se dispõe a manter “parcerias” – para usar uma expressão em voga – com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos’*. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ob. cit.*, p.207.)

<sup>73</sup> O conceito *entidade paraestatal* utilizado por alguns autores, deixou de ser adequado, pois a pluralidade de entidades existentes não guarda o mesmo tipo de relação com a Administração Pública como ocorria no passado. No contexto contemporâneo, do ponto de vista da organização administrativa, trabalha-se com a noção de um Estado segmentado e de uma administração policêntrica, tendo em vista a diversificação crescente de seus elementos constitutivos. (DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 233).

<sup>74</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 414.

<sup>75</sup> JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro *Ob.cit.*, p.11.

<sup>76</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob.cit.*, p. 321.

Saliente-se que, embora o campo de atuação das Organizações Sociais (OS) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) seja semelhante<sup>77</sup>, se faz necessário buscar diferenças entre as duas entidades, para que a existência de uma não leve a desnecessidade da existência da outra.<sup>78</sup>

Nesta linha de raciocínio, podem-se listar algumas diferenças, tais como: a concessão do título de OS é uma atividade discricionária, enquanto a atribuição do qualificativo OSCIP é vinculada; o Poder Público firma parceria com a OS através do Contrato de Gestão, no qual constam, expressamente, as obrigações de cada parte; e a OSCIP se associa a Administração Pública através do Termo de Parceria, formando um vínculo de cooperação entre as partes.

Além disso, o universo de atuação dessas duas entidades também não é o mesmo, no caso da OSCIP, a atividade desempenhada é mais ampla, quanto a OS, só pode trabalhar no âmbito do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.<sup>79</sup>

### III. CONCEITOS DE SERVIÇO PÚBLICO

Neste contexto, para que se possa fazer um estudo das Organizações Sociais torna-se necessário efetuar algumas considerações preliminares acerca dos serviços públicos, com o fim de se tentar compreender o tipo de atividade prestacional que essa entidade realizará e, ainda, o regime jurídico próprio que deverá ser observado.

Historicamente, os serviços públicos constituem um conceito bastante amplo, oriundo da matriz francesa<sup>80</sup>, que, via de regra, equiparava os serviços públicos a toda atividade estatal. Sendo assim, grande parte dos conceitos existentes na doutrina dos serviços públicos

---

<sup>77</sup> Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “embora haja pontos em comum entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, o objetivo é diverso nos dois casos: nas primeiras, o intuito evidente é o de elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas. Nas segundas, essa intenção não existe, pois a qualificação da entidade como organização da sociedade civil de interesse público não afeta em nada a existência ou atribuições de entidades ou órgão integrantes da Administração Pública”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 272).

<sup>78</sup> FERRARI, Paola Nery; Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 82.

<sup>79</sup> FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Ob. cit.*, p. 84.

<sup>80</sup> “É possível, em certa medida, detalhar uma compreensão clássica de serviço público, a partir da tradicional Escola francesa, notoriamente conhecida como Escola do serviço público, por ter desenvolvido com particular profundidade essa ideia, servindo de molde a outros ordenamentos jurídicos, em especial o brasileiro, e da qual vai divergir a tradição anglo-saxã, *public utilities*, hoje tão conclamada a contribuir para a construção de uma diferenciada realidade de serviço público”. (SEM GRIFO NO ORIGINAL) (FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob. cit.*, 42)

abrange, com maior ou menor amplitude, atividades estatais que possuem a mesma base axiológica, ou seja, o bem estar da coletividade, com regimes jurídicos com pouco ou nada em comum.<sup>81</sup>

No Brasil, a Constituição Federal contém uma minuciosa disciplina das atividades estatais<sup>82</sup> e, sendo assim, ela constitui o principal marco a partir do qual se deve buscar o conceito de serviço público.<sup>83</sup>

Ademais, a Constituição Federal de 1988 dispõe expressamente que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos (art. 175). Com isso, podemos dizer que ela não é ausenteísta, no sentido de não ser neutra diante das necessidades de desenvolvimento econômico e social da coletividade, o que necessariamente pressupõe que seja, diretamente ou através da iniciativa privada, um Estado garantidor de determinadas prestações necessárias à realização dos anseios da população e, sobretudo, na redução das desigualdades sociais e regionais.<sup>84</sup>

Encontra-se na doutrina pátria, os mais variados conceitos de serviço público, isso se deve em parte, a diversificação do seu manejo prático<sup>85</sup>, desta forma, é necessário separar entre o conceito de serviço público e individualizar os serviços que podem ser considerados como públicos<sup>86</sup>. Em razão disto, a noção de serviço público não é simples, para tanto, se fará um apontamento de variados conceitos firmados por alguns estudiosos, visando um melhor entendimento do que venha a ser serviço público.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Ob. cit.*, p. 35.

<sup>82</sup> Neste sentido, Carlos Ari Sundfeld: “o Estado desenvolve apenas as atividades que a ordem jurídica lhe atribui, estando proibido de fazer o que a Constituição ou as leis não autorizam expressamente”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Ob. cit.*, p.79.)

<sup>83</sup> ‘Devemos evitar que a discussão sobre o conceito e classificação dos serviços públicos sejam meramente convencional, já que não é raro que divergências conceituais entre juristas não sejam substanciais, mas relativas apenas a diferentes significados atribuídos à mesma palavra: “é uma ilusão pensar que cada palavra corresponde a um – e apenas um – significado; a grande maioria delas tem uma pluralidade de significados. Também é ilusória a crença de que o uso de uma mesma palavra para indicar objetos diversos pressupõe necessariamente – salvo os casos de mera homonímia – que todos esses objetos têm uma propriedade ou um conjunto de propriedades em comum, que integram o corpo de uma entidade que a palavra denomina. O fato de estarmos usando uma mesma palavra não garante que estejamos nos referindo a mesma coisa”.’ (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro*. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do estado do Rio de Janeiro. n° 61. 2006. p.28-29).

<sup>84</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Ob. cit.*, p. 35.

<sup>85</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob. cit.*, p.42.

<sup>86</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Ob. cit.*, p. 112.

<sup>87</sup> “A problemática da definição de serviço público encontra sua origem fundamental na definição do que constitui atividade própria do Estado e o que é tipicamente reservado à iniciativa privada. Em nossa opinião, há três elementos que respondem pela delimitação entre os campos de atividade estatal e privada. a) o primeiro elemento é a condicionante histórica. (...) Não há atividade estatal por natureza ou por essência. O que existe são manifestações históricas mais ou menos recorrentes que são selecionadas pelo observador como típicas de uma dada instituição. As formas como se manifesta essa instituição oscilam historicamente, mantendo apenas alguns pontos de contato com o conceito básico, de modo a permitir que seja tal variante agrupada sob o

O conceito clássico de serviço público é orgânico, ou seja, é aquele prestado pela Administração e por seus delegados, de modo contínuo, para satisfação das necessidades essenciais da coletividade, sob condições impostas unilateralmente pela Administração.<sup>88</sup>

Hely Lopes Meirelles define serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”<sup>89</sup>. O que nos remete ao pensamento externado por este autor quanto à atribuição primordial da Administração Pública.<sup>90</sup>

Serviço público, para Odete Medaur diz respeito à

“atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Poder Executivo, e refere-se à atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo: água, energia elétrica, transporte urbano. Não estando incluídas na acepção técnica de serviço público as atividades-meio do Estado, como por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições”.<sup>91</sup>

De forma simples e objetiva, Carlos Ary Sundfeld conceitua serviços públicos como “aqueles que importam a criação de utilidades ou comodidades fruíveis direta e individualmente pelos particulares em setores de titularidade estatal”.<sup>92</sup>

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, serviço público é

“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de

---

*mesmo gênero, como uma de suas manifestações episódicas. (...) Impossível, distinguir entre atividades essencialmente estatais e privadas segundo sejam delegáveis ou não, tudo dependendo do contexto histórico e das exigências político-econômicas de cada momento. Ao atribuir essencialmente ao Estado certas funções, essa definição transpõe aquilo que é meramente local e datado à condição de universal. b) o segundo elemento interveniente na separação da esfera do Estado e dos particulares é de ordem estrutural econômica e política. c) (...) mecanismos institucionais constituem o terceiro elemento definitivo dos espaços públicos e privado, que, nas modernas sociedades democráticas, adquire proeminência em relação aos demais métodos. A lei, em sentido amplo, é responsável pela definição institucional dessa linha demarcatória.” (AGUILLAR, Fernando Herren. *Ob. cit.*, p.117-122).*

<sup>88</sup> FERRARI, Paola Nery; Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Ob. cit.*, p. 44.

<sup>89</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 332.

<sup>90</sup> Sobre o tema, diz Hely Lopes Meirelles: “A atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade. Esses serviços podem ser essenciais ou apenas úteis à comunidade, daí a necessária distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p.332)

<sup>91</sup> MEDAUAR, Odete. *Ob. cit.*, p.372.

<sup>92</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Ob. cit.*, p. 82.

Direito Público, portanto consagrador de prerrogativas especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.<sup>93</sup>

José dos Santos Carvalho Filho<sup>94</sup>, define serviço público como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

Observa-se, nos conceitos supracitados, que praticamente todas as definições de serviço público incluem no seu enunciado que os serviços públicos se destinam a satisfazer “necessidades da coletividade”, no entanto, nenhuma lei brasileira ou na Constituição atribui aos serviços públicos o requisito de atender as necessidades da coletividade.<sup>95</sup>

É preciso ter em mente, ao se conceituar “serviço público”, que a titularidade da prestação de determinada atividade pelo Estado decorre sempre de determinação legal ou constitucional e que, assim, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, a declaração da atividade como pública acarreta, por consequência, que sua gestão seja feita diretamente pelo Estado ou por particulares, instrumentalizados por via da concessão e da permissão. Ao contrário, não devem ser considerados serviços públicos aquelas atividades desempenhadas por particulares e que afetem o interesse da coletividade, cuja titularidade não tenha sido prevista, pela Constituição ou por lei, como exclusiva do Poder Público.<sup>96</sup>

Assim como diversos os conceitos de serviço público existentes na doutrina, de igual forma existem as mais variadas classificações desse serviço prestacional, que, de modo geral, podemos classificar em: (a) aqueles de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; (b) serviços que o Estado tem a obrigação de prestar e a obrigação de conceder; (c) serviços que o Estado tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade (educação e saúde); (d) serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de agenciar sua execução, mediante concessão ou permissão.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.*, p. 629.

<sup>94</sup> O autor ainda ressalta que certas atividades, embora genericamente pudessem ser identificadas como serviços públicos, quando prestadas por particulares, descaracterizam-se como tais, como por exemplo, um posto médico municipal enseja a prestação de serviço público de assistência médica, mas um posto médico mantido por entidade religiosa reflete o exercício de atividade privada, embora também de assistência médica. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. cit.*, p.309).

<sup>95</sup> Tal fato, segundo a doutrina administrativista se explica pelo motivo de que as versões anteriores a Constituição de 1988 não oferecia elementos sólidos para delimitar o regime jurídico a que se submetem os serviços públicos, assim, na medida em que era necessário estabelecer um critério definitório do serviço público, a doutrina era levada a produzir sínteses baseadas na experiência prática. (AGUILLAR, Fernando Herren. *Ob. cit.*, p. 114).

<sup>96</sup> FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Ob. cit.*, p. 45.

<sup>97</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.*, p. 603.

Outra forma de classificar os serviços públicos seria enquadrá-los em sociais e econômicos, ao lado de outras categorias, abrindo espaço para o que se chama de novas formas de prestação de serviços públicos, dentre as quais a atinente aos regimes de parceria, em que se aliam o poder público e os particulares na execução de atividades<sup>98</sup> benéficas à coletividade, nesse caso, a atuação descentralizada se revestirá da qualificação de função delegada do Poder Público e será cumprida por entidades híbridas, por serem privadas e desempenharem função pública, dando-se a elas a denominação de entidades do terceiro setor.<sup>99</sup>

Desta feita, passa-se a conviver com a delegação do exercício de certas atividades estatais a entes da sociedade civil, e aqui se fala de delegação, para diferenciá-la da transferência, vale dizer, a responsabilidade, a titularidade da prestação da atividade continua a ser confiada ao Estado pela ordem jurídica, apenas o seu exercício passa a ser encargo do particular.<sup>100</sup>

A responsabilidade pela prestação de um serviço público é do Estado<sup>101</sup>, o que significa dizer que se o particular, na qualidade de delegado, deixar de prestar ou abandonar o serviço, o Estado deve assumi-lo e responder por sua continuidade. Do mesmo modo que o particular responde pelos danos causados, o Estado também é responsável perante o usuário, na medida em que continua como titular da atividade.<sup>102</sup>

No entanto, insta salientar que a aplicação do regime de direito privado desnatura o serviço público, bem como a expressão serviço público de direito privado indica serviços privados subordinados a uma regulação jurídica intensa, não havendo que se falar, nesse caso, em serviço público no sentido próprio. Não é o fato de estar na titularidade do Estado que

---

<sup>98</sup> Para Hely Lopes Meirelles: “*não é a atividade em si que tipifica o serviço público, visto que algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado quanto pelos cidadãos, como objeto da iniciativa privada, independentemente de delegação estatal, a exemplo do ensino, que ao lado do oficial, existe o particular, sendo aquele um serviço público e este, não. O que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta, pois serviços há que, por natureza, são privativos do Poder Público e só por seus órgão devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aquele e estes. Daí essa gama infundável de serviços que ora estão exclusivamente com o Estado, ora com o Estado e particulares e ora unicamente com particulares*”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p.333)

<sup>99</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. cit.*, p.337.

<sup>100</sup> FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Ob. cit.*, p. 48.

<sup>101</sup> Neste sentido, Diogo Figueiredo Moreira Neto: “hoje, basta que o Estado o preste, por qualquer de seus órgãos, ou apenas assegure sua prestação, seja através de delegatários legais, sem interferência de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública, seja, classicamente se tem entendido, através de delegatários administrativos. Diversificam-se e enriquecem-se, assim, as modalidades de prestação de serviços públicos com a crescente e multifária colaboração do setor privado, necessitando-se, em consequência, de novos conceitos e atualizadas sistematizações”. (MÓREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 125-126).

<sup>102</sup> FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Ob. cit.*, p. 46.

torna o serviço público, mas, ao inverso, é seu caráter público que desloca para o Estado, pois o serviço é público antes de ser estatal.<sup>103</sup>

#### IV. DIREITO À SAÚDE

Saúde, muito mais que ausência de doença, é o resultado das condições objetivas e subjetivas que propiciam uma vida digna.

O direito público subjetivo à saúde traduz o bem jurídico constitucionalmente tutelado<sup>104</sup>, que deverá ser garantido através de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, formuladas e implementadas pelo Poder Público Federal, Estadual ou Municipal<sup>105</sup>, assegurando assim a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle<sup>106</sup>, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado<sup>107</sup> (art. 197, CRFB/1988).

O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovam, protejam e recuperem<sup>108</sup> e, depende hoje, de um conjunto de normas jurídicas que estabelecem os direitos e as obrigações em matéria de saúde, para o Estado, os indivíduos e a coletividade, regulando de forma ordenada a relação entre eles, na prática ou na abstenção de atos, no interesse da coletividade.<sup>109</sup>

Tal direito foi reconhecido internacionalmente em 1948, por ocasião da aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>110</sup>,

---

<sup>103</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob. cit.*, p. 69.

<sup>104</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 555.

<sup>105</sup> Ver STF, RE nº 241.630, Rel. Min. Celso de Mello, J 07.03.2001, DJU 03.04.2001.

<sup>106</sup> “Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª Ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.811).

<sup>107</sup> Moraes, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p.734.

<sup>108</sup> SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p.811.

<sup>109</sup> DIAS, Hélio Pereira. *Direito sanitário*. Maio, 2003. p.5. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/artigo\\_direito\\_sanitario.pdf](http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/artigo_direito_sanitario.pdf)>. Acesso em: 03 de maio de 2010.

<sup>110</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem. Art. XXV, 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados

da qual o Brasil é signatário, a partir do momento que enumera a saúde como uma das condições necessárias à vida digna, reconhecendo, assim, o direito fundamental à saúde.<sup>111</sup>

No Brasil, ele foi incorporado como o “direito” à assistência em saúde dos trabalhadores com vínculo formal no mercado de trabalho, o que contemplava somente a parcela da população que contribuía para a previdência social, e assim privava uma grande parte da população ao acesso às ações de saúde, restando a elas a assistência prestada por entidades filantrópicas<sup>112</sup>. Neste contexto, a saúde não era considerada um direito, mas sim um benefício da previdência social, como aposentadoria, auxílio-doença, licença maternidade e outros. Atualmente, a saúde tem organização totalmente distinta da previdência social.<sup>113</sup>

Num conceito moderno, a saúde é um direito fundamental do cidadão, que também gera para ele e para a coletividade onde vive obrigações e deveres de participação.<sup>114</sup>

Desta forma, promover a saúde é consequência de ações realizadas em toda a sociedade, logo, não exime o Estado, os profissionais de saúde e a sociedade de suas responsabilidades, mas agrega uma variável fundamental de respeito ao indivíduo, doente ou sadio, por meio do compromisso social solidário, na consecução do objetivo maior de garantir condições dignas de vida a cada ser humano, abrangendo aspectos individuais e coletivos, envolvendo questões ambientais e sociais.<sup>115</sup>

No entanto, isto está longe de ser uma realidade encontrada pela população carente ou não de recursos econômicos, que se vê cada vez mais refém de um sistema público de saúde ineficiente, inoperante, indigno, incapaz de atender as demandas da sociedade. Em face desta realidade, o cidadão procura cada vez mais o poder judiciário com o objetivo de buscar o efetivo direito à saúde a ser garantido pelo Estado, porém o que se verifica é uma falta de efetividade da judicialização excessiva da saúde pela população que busca os seus direitos.<sup>116</sup>

---

médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 03 de maio de 2010).

<sup>111</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *O direito à saúde*. In: Revista de saúde pública. vol.22 no.1 São Paulo Fev. 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>>. Acesso em: 03 de maio de 2010.

<sup>112</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégia e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do direito à saúde no Brasil*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. p. 7.

<sup>113</sup> “Após a extinção do INAMPS, as ações nesta área são agora de responsabilidade direta do Ministério da Saúde, por meio do Sistema único de Saúde – SUS”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Resumo de direito previdenciário*. 8ª ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007. p. 10.)

<sup>114</sup> DIAS, Hélio Pereira. *Direito sanitário*. Maio, 2003. p.2. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/artigo\\_direito\\_sanitario.pdf](http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/artigo_direito_sanitario.pdf)>. Acesso em: 03 de maio de 2010.

<sup>115</sup> MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 18.

<sup>116</sup> Nesse sentido, Luis Roberto Barroso: “De fato, existe um conjunto variado de críticas ao ativismo judicial nessa matéria, alguma delas dotadas de seriedade e consistência. [...] A possibilidade de o Poder Judiciário

Insta salientar que, a saúde pública é dever do Poder Público, que pode conveniar-se com entes de natureza privada para prestá-la, que de qualquer forma, será gratuita para os pacientes, devendo o Estado remunerar as entidades pelo serviço.<sup>117</sup>

#### IV.I. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NO BRASIL

As ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade.<sup>118</sup>

Pode-se dizer que o Sistema Único de Saúde (SUS) constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção de saúde é também um direito coletivo.<sup>119</sup>

Na Constituição Federal estão definidos os princípios que norteiam o Sistema Único de Saúde, que são detalhados nas Leis Federais nº 8.080/1990 e nº 8.142/1990, mais conhecidas como Leis Orgânicas da Saúde, que regulamentam o SUS, admitindo expressamente a participação da iniciativa privada no setor público de saúde, em caráter complementar às ações realizadas e aos serviços prestados diretamente pelo Estado.<sup>120</sup>

A possibilidade de atuação complementar de entidades privadas no sistema público de saúde é reforçada pelo art. 18 da Lei Federal 8.080/1990, segundo o qual compete à direção municipal do SUS celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, além de controlar e avaliar sua execução.<sup>121</sup>

---

concretizar, independente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas”. (BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: Revista de direito da procuradoria geral do estado do Rio de Janeiro. n.63, 2009. p. 13)

<sup>117</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 4ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.8.

<sup>118</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Ob. cit.*, p. 11.

<sup>119</sup> SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p.811.

<sup>120</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino; MÂNICA, Fernando Borges. *Parcerias na saúde: reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 51/2006 e a Lei Federal nº 11.350/2006*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 28.

<sup>121</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino, MÂNICA, Fernando Borges. *Ob. cit.*, p. 29.

Ainda assim, a consolidação do SUS como um sistema de atenção e cuidados em saúde não é suficiente para efetivação do direito da população à saúde, porque são claras as evidências que apontam para os limites da atuação de um sistema de assistência.

#### **IV.II. SISTEMAS DE SAÚDE NO DIREITO COMPARADO**

Os sistemas de saúde de diversos países, sejam desenvolvidos ou em desenvolvimento, estão enfrentando profundos processos de reforma, que a médio ou longo prazo, podem vir a transformar de modo significativo a estrutura, as características, a organização e as suas formas de atuação.

A reforma no setor da saúde, intensificada a partir da década de 90, e o desenvolvimento das políticas sanitárias se produzem em um contexto de abertura econômica, consolidação democrática e ajuste estrutural do Estado, processos que têm influído nos mecanismos e estratégias orientadas a melhorar o acesso dos excluídos ao sistema de proteção social.<sup>122</sup>

Não obstante a reforma setorial em numerosos países, nem sempre se tem obtido na prática uma cobertura integral de saúde a todos os indivíduos, quiçá um serviço eficiente e de boa qualidade.<sup>123</sup>

As causas de disparidade entre a cobertura integral de saúde real e a teórica podem ser: causas macroeconômicas (a pobreza, o desemprego, o subemprego, o trabalho informal, a desigual distribuição de renda, o déficit fiscal); causas políticas (os efeitos prejudiciais da reforma do Estado, a crise do Estado beneficiador, a instabilidade política); causas culturais (as diferenças étnicas, o analfabetismo); causas sociais (as diferenças de sexo, idade e outras características); causas epidemiológicas; causas geográficas; e, a correlação dos modelos de atenção à saúde com o tipo de cobertura adotada.

Da necessidade de difusão da promoção da saúde adveio a criação de vários sistemas de implementação, cujos principais são: (a) sistema público integrado, onde há combinação do financiamento público com a prestação da assistência à saúde pelo Estado, está sujeito às regras do orçamento, é adotado por Cuba; (b) sistema misto regulado, em que os poderes públicos acabam assumindo o desafio de orientar a competência entre seguradoras, para a extensão da cobertura do conjunto garantido à população ainda não coberta, ou para a oferta de prestações não incluídas nele (prestações complementares), é adotado pela Argentina; (c)

---

<sup>122</sup> MARTINS, Wal. *Ob. cit.*, p. 36.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 37.

sistema de seguro saúde unificado, cujo financiamento é público e a prestação de assistência à saúde é mista, é adotado no Brasil; (d) sistema de seguro saúde segmentado, onde possui dois grandes segmentos, o público e o privado, cada um, por sua vez, segmentado pelos diferentes sistemas públicos, nos diferentes entes federados, e o setor supletivo fragmentado e segmentado por diferentes clientelas e nichos do mercado para sua sobrevivência, é adotado pela Bolívia.<sup>124</sup>

Os sistemas de prestação de serviço de saúde acima mencionados são utilizados principalmente por países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Um contraponto ao que se observa, nos Estados Unidos, país desenvolvido economicamente que, em princípio, todo o serviço é privado, incluindo o setor de saúde, certos serviços, contudo, são progressivamente tidos como essenciais ou necessários à vida coletiva, incidindo a sua execução sob o controle do Estado, em virtude de privilégios e deveres especiais que envolvem, são negócios públicos, no sentido que servem à coletividade.<sup>125</sup>

## V. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Nos dias atuais, observa-se que o Estado não tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva de todos os direitos sociais de interesse coletivo<sup>126</sup>, dentre os quais está o direito à saúde. No entanto, não prover diretamente o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas.

A origem das Organizações Sociais na legislação brasileira (Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998) encontra-se no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado<sup>127</sup>, e teve inspiração no direito estrangeiro.<sup>128</sup>

No entanto, para Maria Sylvia Di Pietro, o que serviu de inspiração para o projeto das Organizações Sociais foram os chamados serviços sociais autônomos<sup>129</sup> (SESI, SESC, SENAI

---

<sup>124</sup> MARTINS, Wal. *Ob. cit.*, p. 35.

<sup>125</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Ob. cit.*, p. 116.

<sup>126</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2009. p. 5.

<sup>127</sup> BRASIL. Cadernos MARE da reforma do Estado Organizações Sociais. Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da administração e Reforma do Estado, 1997.

<sup>128</sup> “Segundo Bresser Pereira, a proposta deste tipo de organização derivou de figuras semelhantes da Grã-Bretanha, tais como as quase autonomous non-governmental organizations, mais conhecidas como QUANGOS.” [...] Quango é usada para descrever uma entidade pública que tem a responsabilidade de desenvolver, gerenciar e executar políticas públicas objetivas em proximidade com os ministros (at na arm’s length from Ministers) – nota de rodapé”. (DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 191).

e outros) e, mais proximamente, o serviço social autônomo ‘Associação das Pioneiras Sociais’.<sup>130</sup>

Os autores da Reforma Administrativa declaram que o objetivo principal da criação da figura das organizações sociais foi o de permitir a publicização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, baseado no pressuposto de que esses serviços ganharão em qualidade, e serão otimizados mediante melhor utilização de recursos, com ênfase nos resultados, de forma mais flexível e orientados para o cliente-cidadão por meio de controle social.<sup>131</sup>

Destarte, pode-se dizer que o surgimento das Organizações Sociais decorre de induzimento pelo Estado, em virtude da extinção de entidades públicas e da necessidade de que os serviços até então prestados por estas passem a ser exercitados por outros agentes. Na nova contextura que caracteriza a Administração Pública brasileira, convivem ainda com pessoas jurídicas de direito privado espontaneamente criadas pelos particulares para atender determinadas necessidades de feição pública, socialmente relevantes, em atuação complementar e não supressiva das incumbências do Estado.<sup>132</sup>

O Poder Executivo federal, por ato administrativo discricionário, poderá qualificar como Organizações Sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades estatutárias sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos na Lei nº 9.637/1998 (artigos 1º e 2º).

As entidades assim qualificadas são declaradas entidades de interesse público e utilidade pública<sup>133</sup> para todos os efeitos legais, podendo receber recursos orçamentários e

---

<sup>129</sup> “serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições paraofiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com a administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 385).

<sup>130</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p. 267.

<sup>131</sup> BRASIL. Cadernos MARE da reforma do Estado Organizações Sociais. Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da administração e Reforma do Estado, 1997. Vol. 2. p.12.

<sup>132</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob. cit.*, p. 350.

<sup>133</sup> “As entidades constituídas com personalidade jurídica privada, mas de fins públicos, também conhecidas como entidades do terceiro setor, são tradicionalmente identificadas pela legislação brasileira com entidades de utilidade pública. Para o leigo, a denominação entidade de utilidade pública, à semelhança da recente denominação organização social, designa uma espécie de entidade, uma forma especial de organização, reconhecível prontamente no plano da realidade sensível. Mas se trata de uma ilusão linguística. Essas designações consistem apenas em títulos jurídicos. Em princípio, títulos jurídicos que podem ser conferidos, suspensos ou retirados. Essa expressões não traduzem uma forma de pessoa jurídica privada. Nem informam uma qualidade inata ou traço original de qualquer espécie de entidade. Dizer de alguma entidade que ela é “de utilidade pública” ou “organização social” significa dizer que ela recebeu e mantém o correspondente título

bens públicos (mediante permissão de uso) para o cumprimento dos objetivos do contrato de gestão celebrado com o Poder Público, formando, assim, uma parceria no fomento e execução das atividades relativas às áreas acima relacionadas, cabendo ao ente público a condição de financiador e às Organizações Sociais o dever de alcançar os resultados almejados no prazo estipulado. Pode-se dizer que assim o Poder Público deixará de ser executor direto das atividades ou serviços naquelas áreas, para ser incentivador, fornecedor de recursos e fiscal da execução.<sup>134</sup>

A Organização Social poderá ser desqualificada, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, já que não há direito adquirido ao título de qualificação, ou as vantagens a ele associadas, na hipótese da entidade violar as exigências de sua válida manutenção.<sup>135</sup>

Ainda que não haja uma definição legal, as Organizações Sociais<sup>136</sup>, num sentido mais abrangente, representam uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos, ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa.<sup>137</sup>

O fato das Organizações Sociais não visarem o lucro não significa que tenham de desenvolver suas atividades de modo gratuito, basta que os valores auferidos com as cobranças referentes às contrapartidas das atividades usufruídas sejam aplicados integralmente para realizar a finalidade institucional.<sup>138</sup>

---

*jurídico.*” (MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2009. p.1-2).

<sup>134</sup> Nesse sentido: MEDAUAR, Odete. *Ob. cit.*, p. 113-114; e, FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob. cit.*, p. 364.

<sup>135</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2009. p. 4.

<sup>136</sup> “Não existe uma definição legal das organizações sociais no plano federal no Brasil. O projeto elaborado pelo Poder Executivo Federal, convertido em Medida Provisória e depois em lei (Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998), adotado em diversos Estados da Federação e transformado em lei estadual, com algumas alterações (v.g., Pará, Lei n° 5.980/1996; Bahia, Lei n° 7.027/97) não contempla conceituação sintética de organização social. É importante saber que o projeto federal ao longo do tempo sofreu reformulações, de conteúdo e forma, que lhe alteraram profundamente a compostura, sem embargo de uma continuidade firme nos propósitos básicos. (...) As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.” (MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2009. p.5-6).

<sup>137</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2009. p. 6.

<sup>138</sup> FERRARI, Paola Nery; Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Ob. cit.*, p. 65.

Saliente-se que a Organização Social não é um novo ente administrativo, trata-se de uma qualificação, um título, que a Administração outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público (dotações orçamentárias, isenções fiscais, etc.) para a realização de atividades necessariamente de interesse coletivo<sup>139</sup>. Tais organizações possuem autonomia administrativa e financeira, estando sua estrutura organizacional descrita na Lei 9.637/1998.<sup>140</sup>

Na realidade, trata-se de uma nova forma de parceria, com a valorização do chamado terceiro setor, ou seja, serviços de interesse público, mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais. Além dessa, existe outra intenção subjacente, que é a de exercer maior controle sobre as entidades privadas que recebem verbas orçamentárias para a consecução de fins assistenciais, mas que não ficam submetidas a qualquer controle de resultados.<sup>141</sup>

Convém advertir que a Lei 9.637/1998 trata das Organizações Sociais no âmbito federal, e que os Estados-membros e Municípios poderão também instituí-las nas esferas de sua competência, com as adaptações indispensáveis às suas peculiaridades.<sup>142</sup>

Ressalte-se ainda que determinados dispositivos da supracitada lei são de grande controvérsia na doutrina administrativista, como por exemplo, a dispensa de licitação para aquisição de bens e a contratação de obras e serviços pela organização social, que poderá ser realizada através de um regulamento próprio<sup>143</sup>; e os servidores públicos cedidos às Organizações Sociais manterão seu regime jurídico de origem, inclusive quanto à remuneração e regime previdenciário.<sup>144</sup>

Além disso, aplica-se o teor da responsabilidade civil objetiva do Estado aos atos praticados por agente público cedidos a uma Organização Social, dependendo do tipo de atividade que ela desempenhar (art. 37, § 6º, da CRFB/1988).<sup>145</sup>

---

<sup>139</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p.386.

<sup>140</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Ob. cit.*, p. 194.

<sup>141</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p.386-387.

<sup>142</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob. cit.*, p. 360.

<sup>143</sup> Lei nº 9.637/1998, art. 17; e, Lei nº 8.666/1993, art. 24, XXIV.

<sup>144</sup> Lei nº 9.637/1998, arts. 14 e 22.

<sup>145</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Ob. cit.*, p. 194.

## V. CONTRATO DE GESTÃO<sup>146</sup>

A busca pela modernização levou a Administração Pública à utilização dos chamados contratos de gestão como forma de ajuste entre os vários tipos de entidades estatais e não estatais; ele é usado tanto para designar parceria do Poder Público com órgão da própria Administração Direta ou entidade da Administração Indireta, como parceria com entidade do terceiro setor, no caso, a chamada Organização Social.<sup>147</sup>

Foi no direito francês que o Brasil buscou inspiração para adotar os chamados contratos de gestão, com o objetivo de tornar a Administração Pública mais eficiente e moderna, no entanto, em face da rigidez de nosso sistema jurídico constitucional, não existe lugar para a flexibilização almejada no campo administrativo estatal.<sup>148</sup>

O contrato de gestão possui fundamento constitucional (art. 37, § 8º e incisos, da CRFB/1988) e, conforme já destacado, tal denominação não tem sido utilizada apenas para designar acordos celebrados com entidades da Administração Indireta<sup>149</sup>, mas também com entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado, mais especificamente, as Organizações Sociais.<sup>150</sup>

Ademais, a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, contratos desse tipo poderão ser celebrados no âmbito da Administração Direta, entre dirigentes de órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica.<sup>151</sup>

---

<sup>146</sup> DI PIETRO faz a seguinte ressalva sobre contrato de gestão, “*não é fácil discorrer sobre esse tema, por diversas razões: em primeiro lugar, porque ele é novo no direito brasileiro, sendo pouco tratado pela doutrina e praticamente inaplicado no âmbito judicial; em segundo lugar, porque ele não está disciplinado, de forma genérica, no direito positivo, a não ser em leis esparsas relativas a contratos específicos com entidades determinadas; em terceiro lugar, porque ele assume diferentes contornos, conforme o interesse da Administração Pública em cada caso; em quarto lugar, porque, inspirado no direito estrangeiro, adapta-se mal à rigidez de nosso direito positivo. A França que parece ter sido o berço do instituto, tem um direito administrativo em grande parte jurisprudencial, muito menos legislado do que o nosso, deixando muito mais espaço para as inovações feitas pela Administração Pública. Aqui no Brasil o contrato de gestão tem sido um desses temas em que a aplicação prática antecede o labor legislativo e exige todo um trabalho de interpretação e, mais do que isso, de acomodação de um instituto novo ao ordenamento jurídico vigente*”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Ob. cit.*, p. 250-251)

<sup>147</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Ob. cit.*, p. 250.

<sup>148</sup> FERRARI, Paola Nery; Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Ob. cit.*, p. 68-69.

<sup>149</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello: “*em relação aos contratos travados com entidades da Administração indireta, não há definição legal alguma. Na verdade, como se esclarece a breve trecho, estes não podem ser contratos – embora como tal se apresentem – , pois, nesta qualidade, atualmente. Seriam juridicamente impossíveis ou inválidos. Contudo, poderão existir no futuro, a partir da lei prevista no art. 37, § 8º, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional 19, a qual veio a propiciar-lhes virtualidade de existência jurídica. Para os contratos travados com as “organizações sociais” há, sim, um conceito legalmente formulado. É o que foi expresso no art. 5º da Lei 9.637, de 15.5.98*”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Ob. cit.*, p.208)

<sup>150</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Ob. cit.*, p. 256.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 256.

O contrato de gestão é o instrumento jurídico básico dessa forma de parceria entre o setor público e o privado (art. 5º da Lei nº 9.637/1998), embora a lei denomine este instrumento de contrato, na verdade trata-se de um acordo operacional entre a Administração e a entidade privada<sup>152</sup>, assemelhados aos convênios. Por meio dele, fixam-se metas a ser cumpridas pela entidade e, em troca, o Poder Público auxilia de diversas formas, quer cedendo bens públicos, quer transferindo recursos orçamentários, quer cedendo servidores públicos.<sup>153</sup>

## V.II. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COMO PRESTADORAS DE SAÚDE PÚBLICA

Aparentemente, a Organização Social vai exercer atividade de natureza privada, com incentivo do poder público, e não serviço público delegado pelo Estado, contudo, a própria Lei nº 9.637/1998, em pelo menos um caso, prevê a prestação de serviço público pela organização social, hipótese em que ela exerce atividade delegada pelo Poder Público, quando a entidade absorver atividade de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde. Neste caso, deverão ser considerados no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080/1990. Vale dizer, que prestará serviço público e não atividade privada, em consequência, estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem esse serviço, até porque não poderia a lei ordinária derrogar dispositivos constitucionais.<sup>154</sup>

As Organizações Sociais já prestam o serviço público de saúde há mais de 10 anos no Estado de São Paulo<sup>155</sup>, que regulamentou este tipo de prestação por meio da Lei

---

<sup>152</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 388; nesse sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello faz uma crítica ao conceito legal de contrato de gestão: “a definição em apreço, de um lado, é lamentável do ponto de vista técnico, pois começa por qualificar tal contrato como um instrumento no qual está vertido. Este último é apenas o meio por via do qual se externa o contrato. De outro, é altamente imprecisa, pois não esclarece o que deverá ser entendido por “parceria”, expressão extremamente vaga e que serve para abranger quaisquer formas de colaboração entre o Poder Público e terceiro na realização de algum empreendimento. Esclarece-se apenas que o objeto de tal contrato com as organizações sociais diz respeito às atividades indicadas (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde e proteção e preservação do meio ambiente)”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.*, p. 208, nota de rodapé).

<sup>153</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 263.

<sup>154</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 264.

<sup>155</sup> “No Estado de São Paulo, as organizações sociais, que só podem atuar nas áreas de cultura e saúde, estão disciplinadas pela Lei Complementar nº 846, de 4-6-98, de forma mais adequada do que a lei federal: elas não podem absorver atividades exercidas por entes públicos; não podem utilizar bens do patrimônio público que já estejam sendo utilizados por entidades públicas; não contam com representantes do Poder Público em seus órgãos de administração; existe um procedimento para a escolha da entidade. Não há dúvida de que elas administram serviço público, por delegação do estado de São Paulo.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 266).

Complementar n° 846/1998. A parceria do Estado com entidades filantrópicas, que preenchendo os requisitos legais, conquistaram o direito a serem habilitadas para firmar o contrato de gestão com a secretaria de Estado, visa ao gerenciamento e à operação de hospitais e outros equipamentos públicos de saúde, mediante convocações públicas; além disso, existe a obrigatoriedade de atender exclusivamente pacientes do SUS e atingir as metas estipuladas no contrato de gestão.

A figura da Organização Social no Estado de São Paulo adotada, principalmente na área de saúde, dentro das medidas de gestão estratégica e modernização do serviço público, cujo modelo organizacional foi implantado em hospitais públicos localizados em regiões carentes, buscou melhorar o acesso da população à atenção hospitalar, com objetivos e metas estabelecidos no contrato de gestão que, após algumas adaptações, foram alcançados de maneira satisfatória. O contrato de gestão é visto como oportunidade de negociação permanente, de metas e de redirecionamento de políticas e objetivos.<sup>156</sup>

A Lei Municipal n° 5.026, de 19 de maio de 2009, introduziu no âmbito do município do Rio de Janeiro a figura das Organizações Sociais, com o propósito de proporcionar um marco institucional e possibilitar a modernização das formas de contratação de serviços públicos, introduzindo novas formas de gestão, seguindo o exemplo de experiências inovadoras e de sucesso adotadas por outras unidades da Federação. Para tanto, criou-se pelo Decreto n° 30.780 (2-06-2009) a Comissão de Qualificação de Organizações Sociais – COQUALI, que já qualificou algumas Organizações Sociais nas áreas do esporte e saúde.

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei n° 5498, de 07 de julho de 2009, dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como Organizações Sociais, mediante contrato de gestão, alterada pela Lei n° 6470/2013, e posteriormente pela Lei n° 7070/2015, especificando a área de atuação, que passa a ser no âmbito do meio ambiente e da promoção de atividades desportivas e lazer, incluindo, assistência, ensino, pesquisa, gerenciamento de projetos.

Convém registrar ainda que, outros entes da federação também já instituíram em suas esferas administrativas a sua própria legislação referente às Organizações Sociais.

---

<sup>156</sup> Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo. Ações da Secretaria da saúde. Organizações Sociais de Saúde (OSS). Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br>>. Acesso em: 30 de julho de 2010.

### V.III. APONTAMENTOS CRÍTICOS A INSTITUIÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A Lei nº 9.637/1998 sofreu as mais variadas críticas, tanto que foram propostas duas ações diretas de inconstitucionalidade<sup>157</sup>, julgada finalmente em 16/04/2015. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por Organizações Sociais em parceria com o poder público, contudo, a celebração de convênio com tais entidades deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública (caput do artigo 37). A Corte julgou por votação majoritária, parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, dando interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as Organizações Sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde.

Um dos principais problemas da legislação das Organizações Sociais, em matéria de qualificação e estrutura organizacional, é sua estreita vinculação com o Estado, mais propriamente com o Ministério gestor, com a redução da participação da sociedade civil na fiscalização do contrato de gestão e na condução dos rumos da própria entidade.<sup>158</sup>

Para alguns autores<sup>159</sup>, a Lei das Organizações Sociais criou mecanismo que pode dar azo à transformação de organismos que antes eram públicos em instituições privadas sem finalidade lucrativa. Na realidade fática, a criação das Organizações Sociais significa exatamente a transferência ao setor privado de determinadas atividades públicas, com fuga para o direito privado.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> STF, ADIN nº 1923-5, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT; e, ADIN nº 1943-1, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Neste sentido ver Informativo 628 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de outubro de 2016.

<sup>158</sup> Neste sentido: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Ob. cit.*, p. 201.

<sup>159</sup> Nesse sentido: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Ob. cit.*, p. 200; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p. 264.

<sup>160</sup> Nessa mesma linha, Luciana de Medeiros Fernandes: “assevera-se que o Estado está buscando desincumbir-se de seus deveres, constitucionalmente definidos, chegando ao ponto de “converter serviço público” em “atividade privada de interesse público”, pela transmutação de entidades públicas estatais em pessoas privadas. Contesta-se a alargada discricionariedade atribuída ao Estado na seleção das instituições que gozarão das benesses oriundas da qualificação como organizações sociais, bem como a desconsideração das normas constitucionais e legais com incidência exigida quando se trata de gestão de bens, dinheiro e servidores públicos”. (FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob. cit.*, p. 352); Em sentido contrário, Marçal Justen Filho referenciado por Paola Nery Ferrary, quando registra que, “é fundamental a autonomia da entidade em face do Estado, incumbindo-lhe assumir os riscos da atividade que desenvolver em nome próprio e responder em face da comunidade pela eficiência na gestão dos recursos, bens e pessoal. Logo, a ausência de controles burocráticos deverá ser limitada. Deverão ser fixados objetivos a ser atingidos e estabelecidos índices objetivos para a avaliação da eficácia da atividade”. (JUSTEN FILHO, Marçal *apud* FERRARI, Paola Nery. *Ob. cit.*, p.133).

As Organizações Sociais por serem pessoas jurídicas de direito privado estão excluídas, a princípio, pela atual Constituição Federal da obrigatoriedade de observar os parâmetros propostos acerca do controle fiscal, contábil e financeiro, que são imperativos apenas para pessoas jurídicas de direito público, integrantes das administrações direta, indireta e fundacional<sup>161</sup>. No entanto, ao receber recursos públicos (dinheiros, bens e valores), mediante contrato de gestão, as Organizações Sociais tem o dever de presta contas ao Tribunal de Contas da União, nos moldes do preceituado nos artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal e no art. 9º da Lei nº 9.637/1998.

Enfatize-se que, embora não haja determinação taxativa da obrigatoriedade de submissão das Organizações Sociais ao sistema de controle previstos na Carta Magna, do ponto de vista ético, moral, tal escusa, por mera interpretação literal do texto normativo, não é louvável, tendo em vista o que dispõe a Lei nº 9.637/1988 e o ordenamento jurídico brasileiro naquilo que versa sobre a fiscalização e os tipos de controle da Administração.<sup>162</sup>

Ademais, o princípio da moralidade não tem força normativa apenas para a Administração Pública, por força do art. 37, *caput*, da CRFB/1988, mas também para as entidades que recebem recursos públicos, haja vista tal princípio ter sua imperatividade reafirmada no art. 7º da Lei 9.637/198.

Portanto, muito embora a Constituição Federal não obrigue textualmente as Organizações Sociais a observar os controles por ela previstos, estes, mesmo assim, devem ser aplicados, guardadas as devidas peculiaridades deste tipo de entidade.

Sendo assim, quando as Organizações Sociais estiverem usando, arrecadando, guardando, gerenciando ou administrando valor pelo qual a União ou entidade estatal responda (art. 12 da Lei nº 9.637/1998), devem, obrigatoriamente, se submeter ao controle interno e externo.<sup>163</sup>

Outro ponto crucial na parceria, é que a titulação de Organização Social é concedida pela própria Administração, não prevendo a lei qualquer mecanismo de seleção das entidades, podendo existir, eventualmente, várias entidades, que desempenham a mesma atividade,

---

<sup>161</sup> “A legislação, ao conceituar fundação pública, optou exclusivamente pela personalidade de direito privado, como por exemplo, o inciso IV do art. 5º, do DL nº 200/67. No entanto, temos posições doutrinárias ilustres, como as de Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, que entendem não ser esta posição legal recepcionada pela CRFB/88, que atribui personalidade de direito público às fundações criadas pelo poder público. Uma terceira opinião, majoritária na doutrina, admite a fundação pública tanto com personalidade jurídica de direito privado, quanto com personalidade jurídica de direito público. Tal colocação possui fundamento principal numa decisão do STF, de 1984, no RE 101.126-RJ/84, que admite esta possibilidade de escolha na hora de sua criação.” (JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro *Ob.cit.*, p.52-53).

<sup>162</sup> Nesse sentido: FERRARI, Paola Nery; Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Ob. cit.*, p.133.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p.133.

capacitadas para firmar contrato de gestão<sup>164</sup>. Diante desta pluralidade, questiona-se sobre a exigibilidade de licitação para fins de seleção da entidade com a qual o Estado pretende se vincular estreitamente.<sup>165</sup>

A Lei nº 9.648/98 fez introduzir na Lei Geral de Licitações (inciso XXIV do art. 24) hipótese de dispensa na contratação de serviços do poder público com as organizações sociais, desobrigando assim, em princípio, a Administração Pública a realizar tal procedimento.

Contudo, a maior parte da doutrina defende que, por força dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, a escolha dos interessados, relativamente ao contrato de gestão, não poderia prescindir de licitação ou de outro procedimento adequado para assegurar o princípio da isonomia entre eles.<sup>166</sup>

Insta salientar que, a preocupação com a dispensa da obrigatoriedade do certame licitatório pelas organizações sociais se vê em situação similar a da dispensa do mesmo procedimento pela Administração Pública em situações emergenciais, ou de calamidade pública (art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993), onde há uma autorização legal para Administração Pública realizar contratação para a aquisição de bens ou serviços sem a necessidade de licitar. Neste caso, tanto o administrador público ou privado deverá respeitar os princípios constitucionais da moralidade, economicidade e probidade, cabendo em caso contrário, a depender do caso concreto, responsabilidade por seus atos.

De se destacar também outro ponto bastante criticado, que é a situação dos empregados das organizações sociais, pagos mediante aporte de recursos públicos, que engendra duas questões: a primeira, diz respeito à lacuna legal em relação à definição de parâmetro que possa balizar a fixação das remunerações a serem pagas no âmbito dessas entidades, já que a lei remete a regulação da matéria ao contrato de gestão, ou seja, ao Poder Executivo, quando, comparativamente, o regime remuneratório dos servidores públicos passam necessariamente pelo Poder Legislativo, o que pode ocasionar grandes e sérias distorções de políticas remuneratórias, subsidiadas com recursos públicos<sup>167</sup>. A segunda

---

<sup>164</sup> *Ibidem*, p.74-75.

<sup>165</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob. cit.*, p. 461.

<sup>166</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p.265. Em sentido contrário, José Anacleto Abduch Santos: a hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso XXIV, do art. 24, da Lei nº 8.666/93 exige ponderação valorativa e motivação, de modo a deixar indubioso que a contratação direta é a melhor alternativa em face do princípio licitatório. (SANTOS, José Anacleto Abduch apud DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Ob. cit.*, p.227).

<sup>167</sup> É irreal acreditar que a lei das organizações sociais gerou economia aos cofres públicos, bastando para a essa ilação que se considere que o Estado continuará repassando, agora às organizações sociais, os recursos públicos que, anteriormente, eram dirigidos à instituição pública extinta substituída, a elas também dirigindo os bens públicos que se fizerem necessários à realização de suas atividades, cedendo, outrossim, servidores públicos, com ônus para origem, para que prestem serviço nas organizações sociais. Acresça-se que eventual economia sentida pelo Estado, em virtude da eliminação de cargos de provimento comissionado, pela extinção das

questão está atrelada a primeira, e trata da possibilidade dos funcionários livremente contratados poderem receber remuneração superior à dos servidores concursados, desprestigiando estes, que por força constitucional teriam que respeitar o teto remuneratório.

É imprescindível que tais situações sejam fiscalizadas e cerceadas pelos controles existentes, quando contrárias ao Direito e ao Princípio da Legalidade, sem que isso comprometa o objetivo principal da criação das Organizações Sociais, uma vez que se tem que se adequar aos dias atuais, cujo desenvolvimento do Estado está diretamente ligado à globalização econômica.

## VI. CONCLUSÃO

Este estudo teve o objetivo de tentar esclarecer algumas dúvidas acerca da parceria da Administração Pública com as Organizações Sociais na prestação do serviço público de saúde.

A criação das Organizações Sociais, cujo modelo e unidades implementadas ainda recebem muitas críticas, foi um marco emblemático de concretização da reforma gerencial, mas representa, em alguma extensão uma quebra de um paradigma. O objetivo primordial da instituição das organizações sociais era o de encontrar um instrumento que permitisse a transferência de certas atividades exercidas pelo Poder Público para o setor privado, que sem as amarras da burocracia do Direito Público, as exerceriam melhor, fomentando, desta forma, a participação da sociedade civil na esfera pública.

O Estado deve ser regulador e promotor de serviços sociais básicos, e precisa garantir um serviço público de saúde eficiente, digno, igualitário e de acesso universal. Na hipótese, o Poder Público não tem a obrigação de prestar esta atividade de forma exclusiva, podendo a mesma ser desempenhada por entidade privada, como no caso das Organizações Sociais, que assim procederão por meio de um contrato de gestão.

A polêmica suscitada com o modelo das Organizações Sociais produziu uma série de conceitos equivocados, e algumas vezes, mal fundamentados. Acredita-se que o problema não está nas vantagens apresentadas nas suas leis instituidoras, uma vez que por ser uma entidade privada, em princípio, não precisaria se submeter a certos entraves e limites da burocracia impostos a toda Administração Pública, como por exemplo, o de fazer licitação e realizar concurso público para contratação de pessoal, a questão vai muito mais além, se fundamenta

no respeito aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e probidade que todo gestor público ou privado deverá ter quando porventura vir a gerir dinheiro público.

O Estado Democrático de Direito tem entre seus princípios fundamentais o da participação ativa da sociedade na gestão dos interesses públicos. Nesse sentido, vê-se como positiva a realização de parcerias com entidades da sociedade civil que, sem fins lucrativos, são criadas para atuar em setores de interesse social, o chamado terceiro setor.

Apesar das mais variadas críticas, chegando até a alegação de inconstitucionalidade, pode-se até dizer que as parcerias com o terceiro setor se constituem numa grande força econômica, sobretudo no que diz respeito ao crescimento do emprego de mão-de-obra, formação de voluntariado, geração de renda mediante a oferta de bens e serviços, sem as amarras da burocratização a que se submete a Administração Pública.

Não resta dúvida que a conquista da saúde passou a ser uma preocupação mundial, e precisa estar articulada à ação sistemática e intersetorial do Estado sobre os determinantes sociais, bem como contar com a participação da comunidade, para que o serviço público de saúde tenha vistas ao atendimento integral, descentralização administrativa, gratuidade, e universalidade de acesso. Assim, o direito à saúde é um processo continuado, em que toda a população tem direito, mas são igualmente responsáveis pela sua manutenção.

Logo, não basta apenas declarar que todos têm o direito à saúde, é indispensável que o Estado, em conjunto com a sociedade civil organizada, assegure uma forma de garantir efetivamente esse direito a todos.

A instituição de Organizações Sociais no setor de saúde pode causar dúvidas se tal implantação irá melhorar a prestação deste serviço público, todavia, o estado de precariedade na prestação do serviço público de saúde pelo Estado demonstra a validade desta alternativa, uma vez que a população não pode continuar refém de um sistema ineficaz, inoperante, indigno e faltoso.

No entanto, caberá a Administração Pública e a Sociedade Civil utilizar os meios legais no controle da parceria das Organizações Sociais com a Administração Pública, com o objetivo de evitar danos ao erário público e a população, tão refém desse serviço público de saúde.

## REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro*. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do estado do Rio de Janeiro. n° 61. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: Revista de direito da procuradoria geral do estado do Rio de Janeiro. n.63, 2009.

BRAGA, Rita de Cassia dos Santos. *O Estado brasileiro e a sociedade civil : uma análise conceitual sobre o Estado brasileiro, sobre a sua reforma e sobre a transformação das relações Estado-sociedade civil*. 2002. 75 f. Monografia apresentada ao X Curso de Especialização em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense para obtenção do grau de especialista.

BRASIL. Cadernos MARE da reforma do Estado Organizações Sociais. Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da administração e Reforma do Estado, 1997. Vol. 2.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Ministério da Saúde. *Caminhos do direito à saúde no Brasil*. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *O direito à saúde*. In: Revista de saúde pública. vol.22 no.1 São Paulo Fev. 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>>. Acesso em: 03 de maio de 2010.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 03 de maio de 2010

DIAS, Hélio Pereira. *Direito sanitário*. Maio, 2003. p.2. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/artigo\\_direito\\_sanitario.pdf](http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/artigo_direito_sanitario.pdf)>. Acesso em: 03 de maio de 2010.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Reforma do estado e terceiro setor*. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Resumo de direito previdenciário*. 8ª ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. *Direito administrativo, parte 1: estado gerencial brasileiro*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito Administrativo*. 17 ed.rev.atual. São Paulo : Malheiros Ed., 2004.

MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2009.

\_\_\_\_\_. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2009.

MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa – Emenda constitucional nº 19/98*. rev. ampl. e atual. 3 ed. São Paulo: editora Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 19ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; MÂNICA, Fernando Borges. *Parcerias na saúde: reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 51/2006 e a Lei Federal nº 11.350/2006*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do estado dos anos 90*. In: Lua Nova – Revista de Cultura e Política – rumo das reformas, nº 45, 1998.

Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo. *Ações da Secretaria da saúde. Organizações Sociais de Saúde (OSS)*. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br>>. Acesso em: 30 de julho de 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª Ed. rev.e atual. nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª Ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 4ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.