

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

DIEGO PORTO

**A TRANSFERÊNCIA DO SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL DE
URGÊNCIA (SAMU 192) PARA ORGANIZAÇÃO SOCIAL POR MEIO
DE CONTRATO DE GESTÃO: O CASO DO ESTADO DE SANTA
CATARINA**

FLORIANÓPOLIS - SC

2013

DIEGO PORTO

**A TRANSFERÊNCIA DO SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL DE
URGÊNCIA (SAMU 192) PARA ORGANIZAÇÃO SOCIAL POR MEIO
DE CONTRATO DE GESTÃO: O CASO DO ESTADO DE SANTA
CATARINA**

Monografia apresentada ao Curso de
graduação em Direito da Universidade Federal
de Santa Catarina como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de
Olivo

FLORIANÓPOLIS - SC

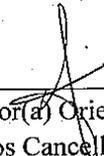
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

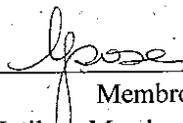
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A transferência do Serviço de Atendimento Movel de Urgência (SAMU 192) para organização social por meio de contrato de Gestão para Organização Social: o caso do Estado de Santa Catarina**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Diego Porto**, defendida em **25/11/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (Dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

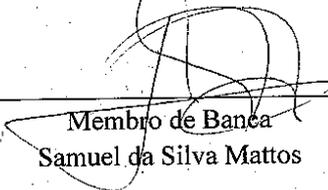
Florianópolis, 25 de novembro de 2013.



Professor(a) Orientador(a)
Luis Carlos Cancellier de Olivo



Membro de Banca
Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa



Membro de Banca
Samuel da Silva Mattos

Dedico este trabalho aos meus pais, Nelson Porto Filho e Ivanete Porto, cujo apoio incondicional e a confiança em mim depositada me fazem sempre crer poder mais.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Nelson Porto Filho e Ivanete Porto, pelo apoio incondicional e pelo esforço por eles dispendido para que não só este trabalho, mas toda a graduação fosse possível.

Ao meu irmão, Luciano Porto, pelo apoio nas horas em que não acreditei conseguir realizar tamanha empreitada.

Ao meu Orientador, Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo, pelas sugestões e ideias e por ter acreditado na realização deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Samuel da Silva Mattos e à Prof^a. MSc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa, por terem aceitado de pronto fazer parte deste trabalho.

Aos meus amigos e demais familiares, pela compreensão de minhas ausências diante dos convites que me foram direcionados neste período e pelo apoio externado nas mais diversas formas.

“Ser simples é ser incrível”.

(Autor desconhecido)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi realizar um estudo acerca do instituto do contrato de gestão com entidades de personalidade jurídica privadas, qualificadas como organizações sociais para atuarem junto ao Poder Público na prestação de serviços públicos, dando, ao final, ênfase no caso ocorrido no Estado de Santa Catarina, em que houve a transferência do gerenciamento, operacionalização e execução das ações do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192) naquela unidade da federação. Apresenta-se embasamento histórico e conceitual acerca da ideia de serviço público, seus principais elementos, conforme doutrina pátria, e também a regência legal acerca da Política Nacional de Atenção às Urgências, responsável pela regulamentação do SAMU. Apresenta também o desenvolvimento histórico e os fundamentos que embasam a figura jurídica do contrato de gestão, trazendo as principais críticas ao instituto e a regulamentação federal e estadual da matéria. Ao final, busca-se a análise da (in)constitucionalidade e da (i)legalidade do acordo entabulado no Estado de Santa Catarina, realizado entre o Poder Público e uma associação privada qualificada como organização social.

Palavras chaves: Serviço Público. Contrato de Gestão. Organização Social. Direito à Saúde. Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU).

ABSTRACT

The aim of this paper was to study the legal institute of Management Contract that may be set by the Government and some private entities which were qualified as Social Organizations for working with the Government in the provision of public services. This paper concentrates its study in the case occurred in the State of Santa Catarina, where took place the transference of management, operationalization and execution of actions of the Emergency Treatment Mobile Service (SAMU 192). The paper presents historical and conceptual basis of the idea of public service, its main elements, as homeland doctrine sets it and also the legal regency of the National Emergency Care Policy which is responsible for regulating the SAMU. It also presents the historical development and the foundations that support the legal institute of the Management Contracts, bringing the main criticisms to the institute and both federal and state regulation about it. In the end, it cares about analyzing the (un)constitutionality and the (i)legality of the specific agreement firmed between the Government of the State of Santa Catarina and a private association that was qualified as a Social Organization.

Keywords: Public Service. Management Contract. Social Organization. Right to Health. Emergency Treatment Mobile Service (SAMU).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CAF – Comissão de Avaliação e Fiscalização

CCE – Comitê de Controle de Empresas Estatais

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CVRD – Companhia Vale do Rio Doce

EC – Emenda Constitucional

ENAP – Escola Nacional de Administração Pública

MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

MPSC – Ministério Público do Estado de Santa Catarina

OS – Organização Social

PDRAE – Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PEIOS – Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais

PGE/SC – Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina

PT – Partido dos Trabalhadores

TCE/SC – Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

SAMU – Serviço de Atendimento Móvel de Urgência

SESC – Serviço Social do Comércio

SESI – Serviço Social da Indústria

SES/SC – Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina

SPDM – Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina

SPG/SC – Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Estado de Santa Catarina

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Serviço Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. BREVE EVOLUÇÃO DA IDEIA DE SERVIÇO PÚBLICO E O SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL DE URGÊNCIA (SAMU 192)	13
1.1 Construção histórica do serviço público e o seu surgimento no Brasil.....	13
1.1.1 Serviço público no Brasil.....	15
1.2 Delineamentos jurídicos do serviço público no Brasil.....	17
1.2.1 A prestação dos serviços públicos: algumas importantes distinções.....	22
1.3 O serviço de saúde como reflexo do direito à saúde: dever de prestação estatal.....	25
1.3.1 O Sistema Único de Saúde (SUS).....	29
1.3.1.1 A Política Nacional de Atenção às Urgências e a concepção do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192)	31
2. A REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL E A BUSCA DE MAIOR EFICIÊNCIA ATRAVÉS DOS CONTRATOS DE GESTÃO	33
2.1 A figura do contrato de gestão na ordem jurídica pátria.....	38
2.1.1 O contrato de gestão com a Administração Pública.....	40
2.1.1.1 Contratação com a Administração Indireta.....	40
2.1.1.2 Contratação com a Administração Direta.....	43
2.1.2 O contrato de gestão com Organizações Sociais.....	45
2.1.2.1 Contratação com Organizações Sociais no Estado de Santa Catarina.....	52
3. ESTUDO DE CASO: A TRANSFERÊNCIA DO SAMU/SC PARA ORGANIZAÇÃO SOCIAL POR CONTRATO DE GESTÃO	58
3.1 Questão de ordem: a ADI 1923-5/DF.....	60
3.2 O Contrato de Gestão nº 002/2012.....	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
REFERÊNCIAS	89

INTRODUÇÃO

O surgimento dos direitos sociais costuma ser exposto à luz das condições sociais emergentes após a Revolução Industrial na Europa Ocidental, em meados do século XIX.

O contexto histórico que então se apresentava era de uma classe burguesa ascendente, em especial após a conquista de maior prestígio político-social através da Revolução Francesa, bem como da positivação dos direitos fundamentais de liberdade (também chamados de direitos fundamentais de primeira geração).

Esta classe burguesa, ávida pela conquista de maior poderio econômico passou a empregar em suas fábricas uma grande massa de pessoas que informaram uma classe operária, que, por sua vez, era submetida a longas e extenuantes jornadas de trabalho em condições degradantes de trabalho e com baixíssimos salários, uma vez que tiveram que passar a disputar mercado de mão-de-obra com as novas máquinas a vapor.

Insatisfeita com as condições a que era submetida, a classe operária passou a reivindicar direitos mínimos para o exercício de suas atividades e, depois de variadas lutas obtiveram o reconhecimento dos direitos sociais (posteriormente denominados de direitos fundamentais de segunda geração).

Em um primeiro momento, os direitos sociais tratavam precipuamente das condições de trabalho que, em última análise, foi o que possibilitou seu reconhecimento. Entretanto, conforme a ideia atinente a estes direitos foi sendo refinada no decorrer da história, outras garantias passaram a integrar o grupo inicial.

Houve, então, a positivação de uma série de direitos sociais na ordem constitucional dos países ocidentais. As precursoras foram a Constituição Mexicana (1917), a Constituição de Weimar (1919) e a Constituição Brasileira de 1934, que serviram de influência para uma diversidade de constituições posteriores, inclusive para a Constituição Cidadã de 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa grande avanço no que atine à garantia dos direitos sociais. Inclui, entre suas garantias, direitos referentes aos trabalhadores, à educação, à moradia, à alimentação, à saúde entre outros.

Em relação ao direito à saúde, sua positivação encontra-se com menção no art. 6º, *caput*, que o elenca entre um rol de direitos sociais. Há também menção acerca do direito à saúde, que corresponde a um dever do Estado em sua prestação, nos arts. 196 e seguintes do Texto Maior, além de outras menções dispersas ao longo do texto.

A regulamentação constitucional acerca da saúde estabelece que é dever do Estado assegurar o correspondente direito a todos (art. 196, CRFB), devendo os serviços públicos de saúde integrar um sistema único (art. 198), que se consubstancia no Sistema Único de Saúde.

O mesmo texto constitucional estabelece ainda que incumbe ao Poder Público a prestação dos serviços públicos, direta ou indiretamente.

Dentro do Sistema Único de Saúde, como forma de assegurar e dar efetividade ao direito à saúde e, em última análise, ao direito à vida, foi instituída uma Política Nacional de Atenção às Urgências, que criou o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192), consubstanciado num serviço público voltado ao atendimento de situações de urgência e emergência, conforme regulamentação do SUS, em cada unidade da federação.

No ano de 2012, houve, no Estado de Santa Catarina, um repasse do gerenciamento, operacionalização e execução do SAMU referente àquela unidade federativa, por meio de instrumento denominado Contrato de Gestão, para uma entidade de personalidade jurídica privada qualificada como Organização Social na área da saúde naquele estado-membro. Esta organização social integra o chamado “terceiro setor”, em que se inserem as entidades não estatais sem fins lucrativos que podem desenvolver atividades não exclusivas do Estado.

O instrumento do contrato de gestão com organizações sociais surgiu a partir do final da década de 1980 e início da década de 1990, como forma de dar maior agilidade à atividade prestacional estatal, eis que através dele delegam-se atividades, antes executadas por entes estatais, para entidades de personalidade privada e que, por isso, regem-se parcialmente pelo direito privado, de modo a evitar, em partes, o regime jurídico administrativo e todas as suas burocracias intrínsecas.

Este repasse de gerenciamento, operacionalização e execução do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência foi precisamente o que ocorreu no Estado de Santa Catarina e, como era de se esperar, inúmeras críticas advieram a partir de então, envolvendo aspectos acerca da constitucionalidade e legalidade daquela transferência do serviço.

Este trabalho realizará um estudo acerca do Contrato de Gestão celebrado entre o Estado de Santa Catarina e a entidade qualificada como Organização Social para o repasse do SAMU/SC. Ressalta-se, desde já, que há Ação Civil Pública, interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, questionando o contrato ora estudado. O trabalho, todavia não se aterá às alegações lá esposadas e nem tampouco mencionará todas as alegações que lá constam, porquanto o que se busca é uma análise teórico-jurídica, ao passo que mencionada ACP envolve variadas questões técnicas acerca da prestação do serviço, bem como análise de fatos.

Assim, o capítulo primeiro irá tratar acerca dos aspectos básicos acerca do serviço público, partindo de uma breve análise histórica e conceitual e chegando até a Política Nacional de Atenção às Urgências e à criação do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192).

O capítulo II do trabalho irá estudar os aspectos que fundamentaram a reforma administrativa proposta na ordem jurídico-administrativa pátria que culminou no surgimento do instituto do contrato de gestão, bem como as principais características do instituto e a regência legal da matéria em âmbito federal e estadual.

Por fim, o capítulo terceiro será desenvolvido estudando-se especificamente o caso do contrato de gestão celebrado no Estado de Santa Catarina para a transferência do gerenciamento, operacionalização e execução das ações e serviço do SAMU/SC, fazendo-se ponderações fundamentadas acerca da (in)constitucionalidade e da (i)legalidade do instrumento entabulado.

1. BREVE EVOLUÇÃO DA IDEIA DE SERVIÇO PÚBLICO E O SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL DE URGÊNCIA (SAMU 192)

1.1. Construção histórica do serviço público e o seu surgimento no Brasil

A primeira noção perceptível de serviço público, ainda que em moldes diametralmente diversos dos hoje defendidos e sustentados pelos estudiosos do tema, remonta à Grécia Antiga, época em que, segundo informa Monica Spezia Justen em *A noção de serviço público no direito europeu*, este serviço “era prestado pelos detentores de grandes fortunas em forma de imposição honrosa, e não pelo poder organizado em forma de Estado.” (JUSTEN, 2003, p. 17)

Ainda nesse sentido, ARAGÃO (2007, p. 26) reconhece que já na Antiguidade podiam-se identificar as noções de atividades de “utilidade pública e de utilidade privada”, de modo que na ideia de utilidade pública incluía-se a “organização de certos serviços destinados à satisfação das necessidades então consideradas essenciais para a população”.

Conforme entende GROTTI (2003, p. 20), a origem do uso da expressão *serviço público* é atribuída a Rousseau, com um conteúdo que pode ser definido de forma a conceber-se como “atividades destinadas ao serviço do público, isto é, ações através das quais se assegura aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente”.

Com efeito, o conhecido brocardo que informa a constatação geral de que direito não é imutável, mas varia no tempo conforme os valores sociais, políticos, filosóficos, econômicos e culturais se modificam, aplica-se também ao desenvolvimento da ideia de *serviço público*, na medida em que sua formulação sociológico-jurídica se amolda aos interesses sociais de determinada época.

Nesse sentido, para que se possa entender o surgimento dos serviços públicos estatais como estão hoje consolidados, necessário se faz a remissão à história, passando pelo surgimento dos direitos sociais como direito a prestações positivas do Estado.

Com o advento do Estado Absolutista na Europa pós-medieval e a centralização do poder político nas mãos de um monarca, que passou então a personalizar o próprio Estado, as

atividades de sustento da nobreza e as atividades de interesse geral eram primordialmente exercidas pelo monarca absoluto.

Acerca do período mencionado, Rogério Emílio de Andrade (2003, *apud* ARAGÃO, Op. cit. p. 29) afirma que até as atividades econômicas prestadas ou exploradas por particulares “poderiam ser a qualquer momento exploradas pelo Estado, que poderia mesmo passar a vedá-la aos particulares ou passar a cobrar-lhes determinada quantia para poderem ser exercidas”.

Através das revoluções da burguesia, estrato social que vinha ganhando espaço econômica e financeiramente sem, contudo, lograr êxito no campo político, iniciou-se a concepção estatal fundada no liberalismo e na sujeição da Administração Pública à lei posta, a partir de quando se verificou a derrocada das monarquias absolutistas na Europa Ocidental. Adveio, pois, o Estado Liberal.

Assevera Paulo Lopo Saraiva, ao fazer breve comentário acerca da transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal burguês:

Urgia, pois, o estabelecimento das medidas iniciais que pudessem transfigurar a face do falecido Estado, a fim de que surgisse um outro, mais consentâneo com as necessidades da época. Um estado que tivesse como centro, não o rei, mas a lei. Passa-se então, do *L'état c'est moi* para o *L'état c'est la loi*. (...)

A teoria dos três poderes, consolidada por Montesquieu vai iluminar o Estado Liberal, coibindo o arbítrio dos governantes e oferecendo segurança jurídica para os governados. (...)

Na esfera econômica, a doutrina liberal se manifesta através da preservação da propriedade privada e da riqueza individual, insurgindo-se contra toda e qualquer forma de intervencionismo estatal, com adoção do histórico *slogan* capitalista: *laissez faire, laissez passer que le monde va de lui même*.(SARAIVA, 1983, p. 8-9)

Contudo, este imperativo de não-intervenção do Estado nos setores econômico-sociais provou-se falho com o transcorrer do tempo, sucumbindo com o advento da Revolução Industrial do século XIX, em que as péssimas condições de trabalhos do operariado inglês, somadas à insegurança trabalhista que se apresentava diante da crescente mecanização da mão-de-obra, fez com que a classe operária passasse a exigir direitos mínimos, “obrigando a que o Estado e a Burguesia reconhecessem a *questão social das reivindicações operárias*”.(SARAIVA, 1983, p. 12)

Surge, desta forma, o embrião do Estado Social de Direito, modelo em que o Estado passa a intervir economicamente em campos até então dominados precipuamente pela

iniciativa privada. Visou-se, através do reconhecimento dos direitos sociais, dar efetividade aos direitos fundamentais de liberdade que haviam sido outrora proclamados pela burguesia.

Nesse sentido, conceitua Gilmar Ferreira Mendes os direitos à prestação positiva do Estado:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado) mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. (MENDES; BRANCO, 2012, capítulo 5, item 1.2.4, e-pub)

Conforme destaca ARAGÃO (2007, p.41), no modelo do Estado Social “foi verificado um grande aumento do número de serviços públicos e atividades econômicas em geral exploradas pelo Estado”. Em mesmo sentido, STRECK; MORAIS (2003, p. 93) assentam que “o Estado Social de Direito revela-se um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoas humana”.

Em síntese, pode-se dizer, portanto, que a partir do Estado Social de Direito passou-se a visar à asseguaração, através de condutas positivas do Poder Público – que na generalidade das vezes se materializa por meio dos serviços públicos ou políticas de inclusão –, garantias e direitos fundamentais de cunho social aos cidadãos, como forma de tornar possível, por meio destas prestações estatais, condições materiais para o exercício dos direitos de liberdade estabelecidos pela burguesia quando do findar do Estado Absolutista.

1.1.1. Serviço Público no Brasil

No Brasil, a matéria atinente à prestação de serviços públicos pelo Estado encontrou ampla regulamentação jurídica apenas com a promulgação da Constituição Cidadã, em 05 de outubro de 1988, nada obstante o fato de haver prestação de serviços públicos pelos entes governamentais desde a época imperial, mais precisamente, desde a vinda da família real para o país, alterando o centro em torno do qual gravitava o então Reino português.

Foi sob a influência da Constituição Alemã de Weimar (1919), que representa, após a 1ª Guerra Mundial, a derrocada final do Estado Liberal na Alemanha e se configura como um

dos principais instrumentos garantidores dos direitos fundamentais sociais – direitos fundamentais de segunda geração, como é recorrente na doutrina –, que a nova Carta da República brasileira aparece consagrando princípios de igualdade, solidariedade e justiça social, que devem ser sempre perseguidos por todos e realizados pelo próprio Estado em determinadas situações. Veja-se o excerto a seguir:

(...) Nas Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 podem ser diagnosticados exemplos de direitos sociais aos quais correspondem deveres de abstenção e outros que impõem deveres de prestação, bem como direitos sociais desde logo aplicáveis no nível constitucional e outros dependentes de integração por legislação ordinária. Particularmente, essa é uma situação que se reproduz na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, claramente adepta, desde o seu *Preâmbulo*, do discurso normativo da democracia social. (MARTINS NETO, 2003, p. 167)

Em mesmo sentido, depreendem-se do preâmbulo da Constituição Federal as balizas que orientaram a elaboração do novo texto constitucional, e que consubstanciam, em última análise, o norte a ser perseguido pelo Estado Democrático brasileiro:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para **instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, o **bem-estar**, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifos adicionados) (BRASIL, 1998)

Consagra-se no Brasil, desta forma, através da busca estatal pelo bem-estar, o *Welfare State*, que, segundo Paulo Lopo Saraiva, “concretiza-se pela intervenção cada vez mais crescente, e pela ampliação do campo de domínio estatal”. (SARAIVA, 1983, p. 17)

No mesmo sentido, o *caput* art. 175 da CRFB é explícito em estabelecer que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (BRASIL, 1988)

Evidencia-se, portanto, em linhas gerais, o caráter social do Estado Democrático brasileiro, informado não apenas por ideais liberais, mas também por marcados ideais sociais, pelo que se consubstancia num Estado incumbido de prestar condutas positivas aos seus cidadãos, de modo a fazer valer ao povo o alcance e gozo dos direitos fundamentais

individuais e sociais, por meio de políticas públicas¹ e, mais especificamente ao que nos interessa, por meio de serviços públicos.

Resta, contudo, delimitar as dimensões jurídico-constitucionais concedidas pelo ordenamento jurídico nacional ao instituto geral dos serviços públicos. É o que se passará a fazer.

1.2. Delineamentos jurídicos do serviço público no Brasil

A doutrina pátria reconhece duas formas de intervenção estatal no domínio econômico, consubstanciadas no desempenho de atividade econômica *stricto sensu* por parte da Administração Pública e na prestação de serviços públicos.

Para JUSTEN FILHO (2003, p. 17-20) a figura do serviço público apresenta-se como espécie do gênero atividade econômica, cuja outra espécie seria a atividade econômica *stricto sensu*. Defende este posicionamento sob a argumentação de que o serviço público, embora informado por variadas peculiaridades que o diferenciam da atividade econômica em sentido estrito, constitui-se também em atividade econômica na medida em que exige inteligência do administrador para alocar recursos finitos na satisfação de necessidades humanas (infinitas, leia-se).

Aceitando-se esta caracterização em gênero e espécies, antes de se passar à análise do conceito e dos princípios delineadores da atividade atinente ao serviço público, impende individualizar cada uma das divisões desta “taxinomia jurídica”.

Em um primeiro momento é importante que se entenda a diferenciação referente à própria natureza destas formas de intervenção. A respeito:

Deve reputar-se que o ponto nuclear da distinção entre serviço público e atividade econômica propriamente dita reside na relação entre a necessidade a ser satisfeita e a dignidade da pessoa humana. Quando se alude à satisfação de uma necessidade *essencial*, está-se a indicar um vínculo de instrumentalidade direta e imediata entre a

¹ Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (DALLARI BUCCI, 2006, p. 39)

atividade e a dignidade humana. Sempre que uma certa necessidade humana for qualificável como manifestação direta e imediata da dignidade inerente ao ser humano, sua satisfação tenderá a produzir um *serviço público*. Nesses casos, configura-se a *obrigatoriedade* da satisfação de certa necessidade. Portanto, as atividades materiais necessárias ao suprimento dessa necessidade e a titularidade da competência serão atribuídas ao Estado. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 30)

Vê-se, portanto, que para o autor, a primeira diferenciação substancial entre estas espécies de intervenção na ordem econômica se dá em um plano material que transcende o âmbito jurídico-formal. Em tempo, a caracterização de uma atividade como serviço público passa necessariamente pelo atendimento, por aquela atividade, de uma necessidade consubstanciadora da garantia fundamental da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, para que uma atividade seja qualificada como econômica basta que exista a possibilidade de exploração lucrativa, ou seja, voltada à apropriação privada. “É que a satisfação dessas necessidades, caracterizadas por uma relevância secundária em face da dignidade da pessoa humana, envolverá uma livre alocação de recursos”, ou seja, “envolverá uma racionalidade econômica visando à obtenção de lucro, segundo o princípio do utilitarismo.” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 31-32)

Nesse sentido, o art. 170, *caput* e seu parágrafo único, da Constituição Federal ao determinar os princípios e contornos gerais acerca da atividade econômica no âmbito jurídico nacional, expressamente estabelece a livre iniciativa e o livre exercício de atividades econômicas independentemente de prévia autorização (respeitadas as ressalvas legais). Corrobora com isto ainda a disposição do art. 173 da CRFB, que determina que a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado somente em casos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse jurídico.

Por outro lado, o art. 175 da Carta Magna dispõe acerca a obrigação estatal na prestação dos serviços públicos.

Destas considerações, sobreleva-se outra importante distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público. Enquanto a primeira submete-se ao regime de direito privado, sendo facultado aos particulares sua exploração com vistas à obtenção de lucro, e ao Estado somente em situações caóticas pontuais, o serviço público, por sua vez, justamente por informar atividades que dizem respeito diretamente à dignidade da pessoa humana, não está completamente aberto ao mercado, devendo o Estado responsabilizar-se pela sua prestação, direta ou indiretamente.

Feitas estas primeiras considerações, passa-se à ingrata tarefa de adentrar no tortuoso caminho que leva à definição sobre o que é e como pode ser conceituado o *serviço público*. Bem ressalta JUSTEN FILHO (2003, p. 17) que, em se tratando de definição acerca do instituto, “cada conceito reflete as características de um ordenamento jurídico, num determinado momento histórico.”

Nada obstante esta tendência de alteração acerca da concepção de serviço público conforme se altere a situação político-jurídica estatal em que está inserto o instituto, ressalta-se que alguns fatores podem ajudar o jurista a estabelecer parâmetros que o auxiliem na determinação de um conceito que forneça utilidade prática. Vale-se, pois, das palavras de Alexandre Santos de Aragão:

O que deve guiar o jurista no mister de elaborar um conceito jurídico são dois fatores: a operacionalidade do conceito a ser alcançado, de forma que ele seja realmente capaz de dar uma maior organização à ciência do Direito, podendo dele se extrair um regime jurídico mínimo comum a diversas manifestações jurídicas; e atendimento aos objetivos metodológicos visados pelo autor, sendo o instrumento mais eficiente possível para responder aos pontos de indagação científica que ele pretende responder. Na verdade, repisamos, não há conceito certo ou errado em razão de sua menor ou maior amplitude, mas sim conceito menos ou mais operacional e instrumental face aos objetivos científicos visados. (ARAGÃO, 2009, p.7)

Dito isto, cumpre ressaltar, ainda, que o conceito de serviço público jamais teve definição uniforme na doutrina e na jurisprudência pátria, havendo correntes teóricas que se valem de diferentes aspectos acerca da atividade prestacional, como os critérios *subjetivo – quem presta o serviço –*, *material – qual o objeto do serviço prestado –* e *formal – que diz respeito à regulamentação jurídica que rege determinada prestação de serviço*.

Este dissenso acerca da conceituação se deve à própria evolução histórica da ideia de serviço público, cuja elaboração jurídico-conceitual teve início na França, no início do século XX, com a chamada “escola do serviço público”, encabeçada por Léon Duguit. Esta escola surgiu fazendo frente à concepção então recorrente de que o serviço público se restringia à ideia absolutista de que a única tarefa estatal repousava na utilização da força e no controle social.

Para a escola do serviço público o Estado, mais do que meramente deter e executar as funções de polícia e concentrar o monopólio da violência, deveria, por possuir grande parcela de poderes na sociedade civil, também realizar a solidariedade social, justificativa única de sua existência. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 23)

A definição proposta pela “escola do serviço público” foi incorporando, com o passar do tempo, diversas atividades do Estado, chegando, por fim, a considerar serviço público todas as atividades exercidas pela máquina estatal, inclusive as atividades estritamente econômicas. A partir de então, passou a cair em desuso sua definição, pois, como informa ARAGÃO (2009, p.7):

Um conceito não pode ser nem tão amplo que deixe de ter utilidade para o estudo do Direito, abrangendo fenômenos com pouco conteúdo jurídico em comum; nem tão restrito que deixe de desempenhar o papel organizador e agregador de fenômenos jurídicos distintos, mas que tenham algum denominador comum suficientemente relevante.

Nesse sentido, ALEXANDRINO; PAULO (2011, p. 656) remete a uma conceituação mais restrita e recorrente na doutrina nacional:

Um conceito restrito de serviços públicos perfilhado por importantes autores, como a Prof.^a Maria Sylvia Di Pietro, é o que abrange todas as prestações de utilidades ou comodidades materiais efetuadas **diretamente** à população, pela administração pública ou pelos delegatários de serviços públicos, e **também** as atividades internas ou atividades-meio da administração (por vezes chamadas de "serviços administrativos"), voltadas apenas indiretamente aos interesses ou necessidades dos administrados. (grifos no original)

Em definição similar, MEIRELLES (2010, p. 350-351) define serviço público como sendo “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”.

Desde já é possível compreender alguns traços característicos nas definições doutrinárias recorrentes acima apresentadas. Em um primeiro momento, compreende-se que as definições apontadas prestigiam, na identificação das atividades que constituem o serviço público, os critérios material, formal e o elemento subjetivo.

Para MELLO (2009, p. 671) o elemento subjetivo não é fundamental, pois, segundo o autor, “No serviço público – importa ressaltar – a figura estelar não é o seu titular nem o prestador dele”. Divergências à parte, é certo que o Estado está sempre envolvido com a prestação do serviço público, seja direta, seja indiretamente.

Em relação aos critérios adotados pela doutrina pátria para definição da noção de serviço público, o elemento material se consubstancia na circunstância de que para que um serviço seja qualificado como público, deve ser informado por atividades prestacionais necessárias ou essenciais à população, ou ainda por aquelas atividades de mera utilidade ou

conveniência, bastando, para tanto, que apresente uma atividade que se justifique pelo interesse público.

A respeito deste substrato material, a lição de MELLO (2009, p. 668-669):

(...) cumpre observar que a atividade estatal denominada *serviço público* é a prestação consistente no oferecimento, *aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais* (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.) singularmente fruíveis pelos administrados que o *Estado assume como próprias*, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado momento histórico. (grifos no original)

O prestígio ao elemento formal, por sua vez, fica evidente pela exigência de sua prestação sob regime de normas e controles estatais, ou seja, pela necessidade de que aquela atividade de necessidade, utilidade, comodidade ou conveniência pública seja prestada sob o manto do direito público e observados, portanto, as normas e princípios que informam este ramo do direito.

O critério subjetivo que informa a definição de serviço público consubstancia-se na necessidade de que a atividade de necessidade, utilidade, conveniência ou comodidade pública seja prestada por entidade estatal, seja por meio da Administração Direta, seja por meio da Administração Indireta, ou então por quem lhe faça as vezes, no sentido de que os delegatários de serviço público atuam como se Estado fossem ao prestar um serviço público.

Em tempo, acerca dos princípios que informam a noção de serviço público, mencionar-se aqui aqueles que são defendidos por MELLO (2009, p. 672-673):

Dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação – seja diretamente, seja indiretamente, mediante a autorização, concessão ou permissão;

Supremacia do interesse público;

Adaptabilidade – no sentido de que deve ser o serviço atualizado, na medida das possibilidades, para sua prestação eficiente; este mesmo princípio é reconhecido por JUSTEN FILHO (2003, p. 31) sob a insígnia de “mutabilidade”, valendo-se de excerto assinalado por Jacques Chevallier, caso um serviço público não se adapte às novas exigências, poderá ser inclusive suprimido para a implementação de outro;

Universalidade – indicando que o serviço é prestado indistintamente à generalidade da população;

Impessoalidade – eis que não se pode discriminar entre os usuários do serviço;

Continuidade – que se traduz na impossibilidade de sua interrupção. Para JUSTEN FILHO (2003, p. 31) este princípio é decorrência da interligação que a prestação de serviço público tem com a garantia da dignidade da pessoa humana, por representar a prestação de uma necessidade básica e fundamental da população;

Transparência – implicando que tudo no que concerne ao serviço público deve ser acessível ao conhecimento público;

Motivação – traduzido no dever do administrador de motivar decisões atinentes ao serviço;

Modicidade das tarifas – implica que nos casos em que os serviços são delegados a terceiros, as tarifas cobradas dos usuários pela sua utilização não devem implicar na exclusão ou marginalização dos administrados que utilizam do serviço. Fazendo-se necessário, deve o Estado subsidiar parte ou totalidade dos custos do serviço junto ao delegatário;

Controle – implica no dever de controle, tanto interno (pela própria administração prestadora), quanto externo (pelos Tribunais de Contas) das atividades prestadas, bem como do gerenciamento do serviço.

Por fim, ao tratar dos princípios jurídicos aplicáveis ao serviço público, cumpre ressaltar ainda que sua menção explícita na doutrina apenas informa que estes são os princípios diretamente aplicáveis aos serviços públicos, porém não exclui a regência dos princípios gerais da administração pública, decorrentes do *regime jurídico administrativo*, no que atine à matéria.

1.2.1. A prestação dos serviços públicos: algumas importantes distinções

Entendida a dimensão do conceito de serviço público, como sendo aquela atividade representativa de uma necessidade, utilidade, comodidade ou conveniência pública prestada sob o regime de direito público, seja por entidade estatal, seja por particulares sob fiscalização do Poder Público, passamos à análise de sua prestação.

Desde já, todavia, deixa-se a ressalva de que se buscará conceituar e delimitar de maneira breve os principais institutos no que atine à matéria, sem, contudo ater-se em dissidências classificatórias e diferenciações não influem diretamente nos para os fins a que este trabalho se propõe.

Dito isto, cumpre inicialmente, para que seja possível a obtenção de uma real dimensão acerca da prestação dos serviços públicos, expor a distinção entre titularidade do *serviço* e titularidade da *prestação do serviço*, conforme informam a lei e a doutrina pátrias, e cuja explanação é realizada na obra de MELLO (2003, p. 675):

Não se deve confundir a titularidade do *serviço* com a titularidade da *prestação do serviço*. Uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas. O fato de o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém “senhoria” sobre eles (...) não significa que deva obrigatoriamente *prestá-los* por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. (...) Assim, tanto poderá *prestá-los* por si mesmo como poderá *promover-lhes* a prestação *conferindo a entidades estranhas ao seu aparato administrativo* (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (...) Ou seja, poderá conferir “autorização”, “permissão” ou “concessão” de serviços públicos (que são as expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas. (grifos no original)

Este entendimento está consagrado no art. 175 da Constituição Federal, que estabelece que “incumbe ao Poder Público (...) direta ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Depreende-se de recorrente doutrina (MEIRELLES, 2010, p. 408-409) que na **prestação direta**, ou seja, cuja titularidade e execução pertencem ao Poder Público *latu sensu*, há a possibilidade de o Estado fazê-lo *centralizadamente*, por meio de seus órgãos da Administração Direta, vinculando-se, portanto, a personalidade jurídica da própria entidade estatal ou, então, realizar a prestação do serviço *descentralizadamente*, caso em que outorgará (delegação realizada pela via legislativa ao criar nova entidade incumbida de prestar o serviço) a titularidade do serviço para entidade com personalidade jurídica própria, porém sempre integrantes da Administração Pública Indireta (autarquias, fundações públicas e empresas estatais). Esta descentralização é também chamada de *descentralização por serviços*. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 673)

Na **prestação indireta**, por sua vez, a entidade estatal transfere apenas a execução do serviço para entidades privadas (empresas privadas, entes paraestatais entre outros), mediante concessão, permissão ou autorização. Nestes casos, permanece também o Estado com a *titularidade do serviço*, delegando apenas a sua *execução* para a iniciativa privada, mediante licitação prévia, devendo, entretanto, proceder à regulamentação e fiscalização da atividade.

Esta é a chamada *descentralização por colaboração*, eis que envolve entidades alheias à Administração Pública.

A respeito, extrai-se da doutrina de MEIRELLES (2010, p. 408-409):

Quando a Administração Pública executa seus próprios serviços, o faz como titular dos mesmos; quando os comete a outrem, pode transferir-lhes a titularidade ou simplesmente a *execução*. A *transferência da titularidade do serviço é outorgada por lei* e só por lei pode ser retirada ou modificada; a *transferência da prestação do serviço é delegada por ato administrativo* (bilateral ou unilateral) e pela mesma forma pode ser retirada ou alterada, exigindo apenas, em certos casos, autorização legislativa. Entre nós, a *outorga* de serviço público ou de utilidade pública é feita às *autarquias, fundações públicas* e às *empresas estatais*, pois que a lei, quando as cria, já lhes transfere a *titularidade* dos respectivos serviços, e a delegação é utilizada para o *traspasse da execução de serviços* a particulares, mediante regulamentação e controle do Poder Público. (grifos no original)

Feita esta diferenciação, ressalta-se que da leitura sistemática da ordem constitucional, extrai-se que serviços há cuja delegação é proibida, enquanto outros, por sua vez, é possibilitada ou, ainda, obrigatória. MELLO (2009, p. 682-684) classifica tais serviços, conforme sua delegação seja ou não possível, em: a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; b) serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder; c) serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade; d) serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão.

Segundo MELLO (2009, p. 682-683), os “serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado” correspondem aos serviços cuja competência executiva é da União Federal, por força do art. 21, X da Constituição Federal. Mencionados serviços, que não podem ser delegados em qualquer hipótese, sob pena de malferimento da CRFB, compreendem o correio aéreo nacional e o serviço postal. Estes serviços são denominados de “serviços exclusivos” na classificação de DI PIETRO (2011, p. 113).

Os “serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder”, por sua vez, correspondem aos serviços que o Estado é obrigado a prestar por meio de entidade ou órgão público, mas que também tem a obrigação de oferecer em concessão, permissão ou autorização. Dizem eles respeito aos serviços em que incide o princípio da complementariedade dos sistemas privado e público estatal, decorrente do art. 223, CRFB, através do qual o Estado não se desincumbe de sua prestação pela via direta, mas que não se pode escusar na delegação. Segundo MELLO (2009, p. 682-684), enquadram-se nesta

categoria os serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens, em outras palavras, rádio e televisão.

Na terceira categoria estão os “serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade”. Compreendem cinco áreas de atuação: saúde, educação, previdência social, assistência social e radiodifusão sonora e de sons e imagens. Ressalta-se que esta última área (difusão de sons e imagens) se enquadra tanto na categoria em que o Poder Público não tem exclusividade na prestação, quanto na que ele tem o dever de delegar. Isto porque, em última análise, uma não necessariamente exclui a outra. No que atine a esta terceira classificação, incumbe ressaltar que o Estado não pode permitir a prestação destes serviços por exclusivamente terceiros, seja a título de concessão, permissão ou autorização, seja a título de livre iniciativa, mas deverá também prestá-los.

Na última categoria encontram-se os “serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão”, que engloba todos os serviços residuais das outras categorias, de modo que, em se tratando de serviços que não compreendam aqueles referentes ao correio aéreo nacional, ao serviço postal, aos serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens, aos serviços de saúde, previdência social, educação e assistência social, incumbe ao Estado, quando não os prestar diretamente, promover-lhes a prestação por meio alguma das formas de delegação.

Oportuno mencionar que as formas classicamente aceitas de delegação da prestação de serviços públicos, ou seja, os meios pelo quais o Estado delega a particulares a execução de determinadas atividades de interesse coletivo para serem prestadas sob regime de direito público e sob fiscalização do Poder concedente, são, conforme explicita o art. 175 da Carta Constitucional, a concessão e a permissão de serviço público, que, conforme será visto no capítulo 2 deste trabalho, vem sendo, por vezes, substituídas por novas figuras jurídicas nas últimas décadas.

1.3. O serviço de saúde como reflexo do direito à saúde: dever de prestação estatal

O direito à saúde no Brasil somente foi positivado em sede de direito fundamental constitucionalmente assegurado com o advento da Constituição Cidadã, em 1988. Isto não implica dizer, todavia, que constituições anteriores não faziam qualquer referência ao assunto,

ainda que de forma indireta ou utilizando-se de expressões diversas, mas que se apresentavam, no que atine ao seu conteúdo, como legítima proteção jurídica das saúdes individual e pública.

Nesse sentido, pontua MENDES (2012, capítulo 5, item 1.3.2, e-pub), já a Constituição Imperial de 1824 fazia referência, em seu art. 179, XXXI, à garantia de socorros públicos. Todavia, pondera SILVA (2009, p. 308), digna de espanto a constatação de “como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem”.

A Constituição Cidadã, à luz do movimento constitucionalista que ganhou força a partir das constituições sociais no início do século XX, representou um marco na garantia dos direitos fundamentais no Estado brasileiro. Isto não apenas sob o ponto de vista dos direitos fundamentais de primeira geração, mas, pelo contrário, o novo Texto Magno busca assegurar também os direitos de segunda e terceira geração, entendidos aqueles como os sociais e estes os difusos.

Assim, logo em seu art. 6º, a CRFB estabelece o direito à saúde como sendo um direito fundamental social. Além desta conformação expressa, a natureza social do direito à saúde decorre também da própria topologia do dispositivo no texto constitucional, uma vez que se insere no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Direitos Sociais).

Em seu art. 196, o texto constitucional estabelece que direito à saúde é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Logo em seguida, no art. 197 da CRFB tem-se que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, “cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. (BRASIL, 1988, CRFB)

Algumas inferências acerca dos dispositivos mencionados se fazem necessárias. De início é necessário ressaltar que, por ser direito social que necessita posterior regulamentação de lei, a norma que assegura o direito à saúde se caracteriza como uma norma de eficácia limitada de cunho programático. Isto porque sua aplicabilidade depende de lei posterior que a

regulamente. Nada obstante este caráter de programa decorrente da norma que assegura a saúde, o STF já se manifestou no sentido de que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente” (AgR-RE n. 271.286-8/RS, sob a Relatoria do Ministro Celso de Mello). Evidencia-se, portanto, que, embora sua caracterização como norma programática, não basta que sua aplicação restrinja-se a parâmetro de interpretação a ser seguido pelos operadores do direito, mas, pelo contrário, deverá ser efetivamente tão aplicada quanto as circunstâncias concretas possibilitarem, sob pena de se extrair a normatividade do texto constitucional.

Outra importante inferência decorrente dos dispositivos mencionados é a confirmação do direito à saúde em duas dimensões, quais sejam: a) uma dimensão individual, que se expressa pelo direito subjetivo cada cidadão à saúde e o correspondente dever estatal na sua prestação, o que se traduz em uma relação jurídica obrigacional entre Estado e indivíduo; b) uma dimensão coletiva, que deverá se expressar em políticas públicas (sociais e econômicas) visando à garantia da saúde à generalidade da população. Ambas as dimensões se verificam na relação entre o direito à saúde, a todos assegurado, e o dever do Estado em sua garantia e prestação, seja diretamente, seja indiretamente, nos termos da parte final do art. 197 da CRFB.

Deve ser considerado ainda que as ações de saúde, a se realizarem por meio das já referidas políticas públicas, deverão visar não só ao tratamento de doenças e outros agravos, como principalmente deverão promover a prevenção, por meio da redução do risco de doenças. Estas políticas preventivas deverão, inclusive, ter prioridade dentre as ações e serviços públicos de saúde, que, todavia, deverão ser prestados de forma integral e sem prejuízos a quaisquer ações ou serviços assistenciais (art. 198, II, CRFB).

O art. 198 da Carta da República prevê também que estas ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, em âmbito nacional, cujas diretrizes passarão, necessariamente, pelo atendimento integral à população, com preferência às atividades preventivas, conforme acima já esposado, bem como pela participação da comunidade e pela descentralização, devendo, contudo, haver uma única direção em cada esfera de governo. Corroborando com esta previsão de regionalização em um sistema único, o art. 23, II, CRFB prevê a competência comum da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal para cuidar da saúde pública.

MEIRELLES (2010, p. 353) classifica o serviço de saúde pública como um serviço próprio do Estado, considerando, pois, impossível a sua delegação a particulares, uma vez

que, para sua execução, a Administração Pública se utiliza de sua supremacia sobre os seus administrados. Defende, portanto, que estes serviços próprios só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, afirmando ainda que “tais serviços, por sua essencialidade, geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos os membros da coletividade”.

MELLO, por sua vez, inclui as atividades e serviços de saúde entre aquelas não privativas do Estado, de modo que o Poder Público não se pode escusar da prestação, mas tem também o dever de deixá-lo ao alcance da iniciativa privada. Para o autor, os serviços privativos de Estado pressupõem a prática de atos de império, o que não ocorre no caso do serviço de saúde. Assim defende porque, não obstante a CRFB os declare como um dever do Estado, ela também os declara livres à iniciativa privada.

Com efeito, o art. 199 do texto constitucional expressamente consigna que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Em sequência, §1º do dispositivo faculta às instituições privadas a participação não só na prestação de serviços de saúde, como também no próprio sistema único de saúde, segundo as diretrizes para o SUS estabelecidas, desde que de forma complementar e mediante contrato público ou convênio. Para esta celebração, terão preferência as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, com expressa vedação de destinação de recursos públicos ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos que integrem o sistema único de saúde (art. 199, §2º).

MENDES esclarece (2012, capítulo 5, item 1.3.2.2, letra “c. Direito à saúde e parcerias com o setor privado”, e-pub), ao tratar de maneira breve sobre a possibilidade de prestação de serviços de saúde por entidades privadas, que é “necessário enfatizar que há diferença entre serviços concretizados pelo ente privado fora do âmbito do SUS, ou seja, como atividade privada, dos que são realizados de forma auxiliar ao sistema de saúde”. Segundo os autores, a participação de modo complementar, constitucionalmente assegurada, será regida pelas diretrizes do SUS, que estão listadas nas Leis Orgânicas da Saúde (Lei 8.080/90 e Lei 8.142/90). Para o autor, a Lei 8.080/90:

de acordo com o art. 3º, estabelece que as instituições privadas deverão firmar convênio, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços, promoção da saúde à população, e contrato administrativo, quando o objeto do contrato for a mera compra de serviços.(MENDES; BRANCO, 2012, capítulo 5, item 1.3.2.2, letra “c. Direito à saúde e parcerias com o setor privado”, e-pub)

A participação das entidades privadas atuando em complementariedade ao SUS se dará principalmente através das instituições do chamado terceiro setor, que poderão, segundo os mesmos autores, “passar a assumir a execução e o fomento de algumas atividades, inclusive na área da saúde” (2012, capítulo 5, item 1.3.2.2, letra “c. Direito à saúde e parcerias com o setor privado”, e-pub). Aqui apenas se menciona o entendimento, porquanto o tema será objeto de estudo mais aprofundado no terceiro capítulo deste trabalho.

É ainda a Constituição, em seu art. 200, que institui as bases e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), posteriormente regulamentado pelas Leis Orgânicas da Saúde, mencionadas acima (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 e Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990).

Interessante notar que o art. 2º da Lei 8.080/90 estabelece a definição sobre o que é o dever do Estado de garantir a saúde, afirmando que referido dever consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegure o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 2º, §1º). Em suma, importa dizer que o dever estatal na garantia da prestação da saúde não se consubstancia especificamente na prestação direta do serviço em si, mas na formulação de políticas governamentais e na garantia de sua execução, com vistas à regência legal estabelecida.

1.3.1. O Sistema Único de Saúde (SUS)

Instituído, no que atine às suas principais características e diretrizes, pela Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Saúde teve suas delimitações e regulamentações por legislação federal logo no início da década de 1990. Nesse sentido, a Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de dar outras providências, estabeleceu que o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, tanto da administração direta, quanto da administração indireta, assim como as fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o

SUS (art. 4º). No mesmo artigo, o §2º possibilita a participação da iniciativa privada no sistema, desde que em caráter complementar.

O art. 7º da lei estabelece que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS, são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198, da CRFB, bem como aos princípios na lei elencados. Destacamos, entre os princípios listados no art. 7º, os seguintes: universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; integralidade da assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos; participação da comunidade; descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo (Ministério da Saúde, no caso da União Federal, e Secretarias de Saúde nas esferas estaduais e municipais), com a regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população entre outros.

Ainda segundo a lei, as ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde, seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente (art. 8º). A lei estabelece também uma série de atribuições comuns aos entes federativos a quem incumbe a operacionalização do SUS, bem como determina algumas normas de organização. Não há, contudo, necessidade de esmiuçar todas estas regulamentações neste trabalho, dada a demasiada amplitude temática da legislação (Lei 8.080/90 e Lei 8.142/90) sobre saúde, que inclui estruturas administrativas e organizatórias. Guarda-se atenção, pois, apenas aos aspectos essenciais ao estudo proposto.

Feita esta ressalva, importante tratar acerca participação privada no Sistema Único de Saúde.

Conforme já se expôs aqui, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que poderá prestá-la como atividade privada – submetida às exigências mínimas impostas por lei – ou como prestação complementar ao Sistema Único de Saúde. A primeira hipótese tem regulamentação nos arts. 20 a 23 da Lei 8.080/90, que estabelecem basicamente que os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais legalmente habilitados ou de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde, observando-se, em qualquer caso, os princípios

éticos e a normas expedidas pelo órgão de direção do SUS naquela esfera de governo e em âmbito nacional (art. 22).

A participação complementar no SUS, por sua vez, é regulada entre os arts. 24 a 26 da lei, que estabelecem que o Sistema Único de Saúde poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, quando as disponibilidades daquele sistema forem insuficientes para tanto. Esta participação será formalizada por meio de contrato ou de convênio, observando-se as normas de direito público aplicáveis (parágrafo único). Ainda, para realizar esta complementariedade ao SUS, terão preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Por fim, o art. 38 dispõe que não será permitida a destinação de subvenções e auxílios para instituições prestadoras de serviço de saúde com finalidade lucrativa e o art. 43 que a gratuidade será preservada também nos serviços públicos contratados em caráter complementar, ressalvadas, neste caso, eventuais cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

1.3.1.1. A Política Nacional de Atenção às Urgências e a concepção do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192)

Como uma forma de estruturar uma rede de serviços regionalizada e hierarquizada que visasse à garantia da saúde, advieram, em 29 de setembro de 2003, a Portaria nº 1863 e a Portaria nº 1864, do Ministério da Saúde. A primeira instituiu a Política Nacional de Atendimento às Urgências, que deveria ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão e composta pelos sistemas de atenção às urgências estaduais, regionais e municipais, integrando o Sistema Único de Saúde. A segunda instituiu o componente pré-hospitalar móvel referente àquela política nacional, por intermédio de Serviços de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192).

A Política Nacional de Atendimento às Urgências tem, entre seus componentes fundamentais, a organização de redes loco-regionais de atenção integral às urgências, que, por sua vez, contém, dentre outros, o componente Pré-Hospitalar Móvel – SAMU – Serviço de Atendimento Móvel de Urgência e os serviços associados ao salvamento e resgate. A definição deste componente, segundo a própria portaria, é a seguinte:

Considera-se como nível pré-hospitalar móvel na área de urgência, o atendimento que procura chegar precocemente à vítima, após ter ocorrido um agravo à sua saúde (de natureza clínica, cirúrgica, traumática, inclusive as psiquiátricas), que possa levar a sofrimento, seqüelas ou mesmo à morte, sendo necessário, portanto, prestar-lhe atendimento e/ou transporte adequado a um serviço de saúde devidamente hierarquizado e integrado ao Sistema Único de Saúde. Podemos chamá-lo de atendimento pré-hospitalar móvel primário quando o pedido de socorro for oriundo de um cidadão ou de atendimento pré-hospitalar móvel secundário quando a solicitação partir de um serviço de saúde, no qual o paciente já tenha recebido o primeiro atendimento necessário à estabilização do quadro de urgência apresentado, mas necessite ser conduzido a outro serviço de maior complexidade para a continuidade do tratamento. (BRASIL, 2003, Portaria n. 1.863/GM/MS)

O serviço de atendimento gozará de equipe profissional e frota de veículos compatíveis com as necessidades da população e deverá contar, ainda, com a retaguarda dos serviços de saúde. A Portaria 1863/2003 estabelece ainda a vinculação do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência a uma Central de Regulação de Urgências e Emergências – esta acessível pelo telefone gratuito 192 – onde um médico regulador irá definir uma resposta para a situação, o que poderá compreender o envio de equipe para atendimento no local.

A equipe profissional é composta de profissionais oriundos da área da saúde e profissionais não oriundos da área da saúde. Os primeiros se consubstanciam em: coordenador de serviço, responsável técnico, responsável de enfermagem, médicos reguladores, médicos intervencionistas, enfermeiros assistenciais, auxiliares e técnicos de enfermagem. Já os profissionais não oriundos da área da saúde envolvidos no Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) são: telefonistas, rádio-operadores, condutores de veículos de urgência, profissionais responsáveis pela segurança (policiais militares entre outros profissionais do ramo) e bombeiros militares.

Importa dizer, por fim, que os profissionais integrantes do SAMU, sejam ou não oriundos da área da saúde, devem necessariamente passar por treinamento específico para a obtenção da regular habilitação ao serviço e posterior desempenho das funções. É o que estabelece a regulação dada à portaria que institui o serviço:

Considerando-se que as urgências não se constituem em especialidade médica ou de enfermagem e que nos cursos de graduação a atenção dada à área ainda é bastante insuficiente, entende-se que os profissionais que venham a atuar nos Serviços de Atendimento Pré-hospitalar Móvel (oriundos e não oriundos da área de saúde) devam ser habilitados pelos Núcleos de Educação em Urgências (BRASIL, 2003, Portaria n. 1.863/GM/MS)

Estas são, portanto, as linhas gerais que delineiam o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência, cuja delegação para entidade de iniciativa privada qualificada como Organização

Social será analisada mais detidamente no terceiro capítulo. Desde já, todavia, vislumbra-se a importância deste serviço público viabilizado por meio da Política Nacional de Atendimento às Urgências, que é fruto do Sistema Único de Saúde estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil, e cuja fundamentalidade objetiva preservar o bem maior assegurado pela ordem jurídica nacional, qual seja a vida, de que a saúde é, em última análise, importante corolário.

2. A REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL E A BUSCA DE MAIOR EFICIÊNCIA ATRAVÉS DOS CONTRATOS DE GESTÃO

A partir da década de 1990, mormente a partir da assunção de Fernando Henrique Cardoso ao cargo de Presidente da República Federativa do Brasil, introduzindo valores neoliberais na política jurídico-econômico-social nacional, passou-se a operar uma grande reforma no aparelho administrativo do Estado, que havia sido engessado pela Constituição da República promulgada em 1988.

Seguindo a tendência mundial e especialmente a experiência inglesa, passou-se a fomentar a ideia de um Estado calcado na busca de eficiência e eficácia, iniciando-se a reforma da administração pública, que à época vinha se demonstrando incapaz de suprir às demandas que a ela eram submetidas, devido à grande burocracia que circundava toda sua atividade.

Veja-se, acerca do contexto histórico-político, as palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Os defensores do novo modelo são adeptos da corrente político-econômica usualmente chamada “neoliberalismo”. Segundo eles, haveria uma “crise do Estado”, traduzida na incapacidade deste de realizar os investimentos e desempenhar eficientemente todas as atribuições que lhe foram impostas originalmente pela Constituição de 1988. Por essa razão, pregam a denominada “doutrina do Estado mínimo”, cujo objetivo é retirar o setor público de todas as áreas em que sua atuação não seja imprescindível. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 131)

Nesse sentido, buscou-se inserir no contexto político-governamental uma nova forma de Administração, que objetivasse especialmente o controle de resultados e a busca pela eficiência e pela eficácia, não apenas o controle dos meios pelos quais deveria se dar a atividade estatal.

Havia, então, a necessidade de abandono da ideia de Administração Pública fundada em rígido controle de procedimentos e meios, que acabava por travancar e emperrar a atividade administrativa, para a busca de um modelo administrativo que se coadunasse com os anseios sociais e até com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados após o retorno ao regime democrático. Buscava-se, portanto, um novo paradigma para a Administração Pública.

Nesse sentido, informa Marcelo Douglas de Figueiredo Torres que “o funcionamento da administração pública seria muito rígido, detalhista, burocrático e pouco funcional, o que inevitavelmente traria ineficiência, custos altos, morosidade, corrupção e políticas públicas mal formuladas” (TORRES, 2007, p. 20), do que resultava uma estrutura administrativa arcaica e ineficiente

Diante do quadro jurídico-administrativo que se apresentava, buscou-se encontrar novos moldes, instrumentos e institutos jurídicos através dos quais se pudesse garantir a eficiência nas atividades estatais. Em 1995, foi, então, editado, pelo extinto Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), um documento que, após ampla discussão, tornou-se a principal diretriz de que se serviu o governo de Fernando Henrique Cardoso para dar vida a estas aspirações. Surgiu, pois, do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE).

O PDRAE foi idealizado pelo ex-Ministro do MARE, Luis Carlos Bresser Pereira, e representou o eixo teórico-político-ideológico em torno do qual gravitou a reforma administrativa brasileira a partir de meados dos anos 1990.

Segundo, o ex-Ministro Bresser-Pereira, a transição de regimes que se operou a partir de 1985, culminando com a Constituição de 1988, “embora representasse uma grande vitória democrática”, representava um grande retrocesso no atinente ao regime jurídico-administrativo, pois caminhava na contramão das reformas empreendidas pelo Decreto-Lei 200/67, dirigindo-se, então, no sentido de adoção de uma concepção administrativa burocrática, em detrimento da administração pública gerencial que se buscava (BRASIL, 1995, p. 20, PDRAE).

Afirmava Bresser-Pereira que “o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle de processos e não de resultados, revelou-se lento e ineficiente” e, para que fosse realizada a substituição deste anterior sistema, cujo

fracasso estava evidenciado, defendia a necessidade de uma administração pública “voltada para o controle de resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições” (BRASIL, 1995, p. 7, PDRAE).

Transcreve-se abaixo excerto acerca do que até agora aqui se expôs:

A reforma operada em 1967 pelo Decreto-Lei 200, entretanto, constitui um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Mediante o referido decreto-lei, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, o descongestionamento das chefias executivas superiores (desconcentração/descentralização), a tentativa de reunir competência e informação no processo decisório, a sistematização, a coordenação e o controle (BRASIL, 1995, p. 19, PDRAE).

Com esta convicção, o governo passa a defender a descentralização e desburocratização das atividades estatais, visando reduzir o inchaço da máquina pública. Para tanto, definiu-se quatro setores a partir dos quais deveriam se irradiar as ações no sentido de descentralizar a atuação do Estado. Ao “Núcleo Estratégico” corresponderia a definição das leis e das políticas públicas, bem como a tomada de decisões e fiscalização de seu cumprimento; era, portanto, o setor correspondente ao governo. O segundo setor diria respeito às “Atividades Exclusivas”, que se referiam aos serviços que somente cabem ao Estado, em que este utiliza seu “poder extroverso”. Já ao terceiro setor incumbiria os “Serviços Não Exclusivos”, que são aqueles que o Estado “atua simultaneamente com outras organizações públicas não estatais e privadas”; as organizações deste setor, para Bresser-Pereira, não possuem poder de Estado, porém este se faz nelas presentes uma vez que os serviços a elas delegados “envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação ou da saúde, ou porque possuem ‘economias externas ‘relevantes’”. Por fim, o último setor se refere à “Produção de Bens e Serviços para o Mercado”, que se traduziria na exploração da atividade econômica pelas empresas (BRASIL, 1995, p. 41-42, PDRAE).

Visando dar operacionalidade às diretrizes propostas, no sentido de descentralizar a atividade estatal, o PDRAE propugna pela implementação, no direito brasileiro, dos conceitos de “contratualização” e “agencificação”, provenientes das experiências de países como a Inglaterra, que, à luz das ideias neoliberais, passaram a implantá-los.

A ideia de “contratualização” consubstanciava-se basicamente na contratação, por parte do Poder Público, de entidades – dotadas de personalidade jurídica privada ou com órgãos públicos – às quais seriam delegadas funções não exclusivas de Estado. Tais entidades se submeteriam a controle estatal de meios e principalmente de fins. A ideia de “agencificação”, por sua vez, resultaria de contratos realizados entre o Poder Público e entidades da Administração Indireta, que passariam a ter sua autonomia ampliada e a gozar de determinados benefícios e fomentos para que pudessem cumprir suas competências com suficiente presteza e qualidade.

Nesse sentido, o próprio texto do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, visando maior governabilidade e em busca de uma autonomia gerencial da Administração Pública estabelece objetivos gerais e específicos para cada um dos quatro setores acima definidos. Veja-se que, ao tratar dos objetivos específicos, há no PDRAE a previsão de entabulação de contratos de gestão entre o Poder Público e a própria Administração Pública e entre aquele e organizações de caráter privado:

6.2 Objetivos para o Núcleo Estratégico: (...) Dotar o núcleo estratégico de capacidade gerencial para definir e supervisionar os contratos de gestão com as agências autônomas, responsáveis pelas atividades exclusivas de Estado, e com as organizações sociais, responsáveis pelos serviços não-exclusivos do Estado realizados em parceria com a sociedade.

6.3 Objetivos para as Atividades Exclusivas: (...) Transformar as autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas, administradas segundo um contrato de gestão; o dirigente escolhido pelo Ministro segundo critérios rigorosamente profissionais, mas não necessariamente de dentro do Estado, terá ampla liberdade para administrar os recursos humanos, materiais e financeiros colocados à sua disposição, desde que atinja os objetivos qualitativos e quantitativos (indicadores de desempenho) previamente acordados; (...)

6.4 Objetivos para os Serviços Não-exclusivos: (...) Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de “publicização”, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária. (...)

6.5 Objetivos para a Produção para o Mercado: (...) Implantar contratos de gestão nas empresas que não puderem ser privatizadas. (grifos acrescentados) (BRASIL, 1995, p. 45-47, PDRAE)

Como se vê, não se contentou o Plano Diretor em estabelecer meramente as diretrizes políticas da nova administração pública no Brasil, mas também estabeleceu expressamente, ainda que não se trate de diploma legislativo, a previsão dos contratos de gestão no país como elemento instrumental de governabilidade e execução de atividades e serviços públicos.

Ademais, como fruto das concepções político-governamentais então vigorantes, variadas consequências advieram, decorrências da reforma gerencial introduzida pelo PDRAE. No plano constitucional, editou-se a Emenda Constitucional 19/98, que ficou conhecida como a EC da Reforma Administrativa do Estado, uma vez que protagonizou uma série de modificações no texto da Constituição Federal, visando positivar também no texto magno a concepção de administração gerencial.

Digno de observação o fato de que, ao contrário do que uma primeira exposição ao tema poderia sugerir, a EC 19/98 não contemplou o esgotamento da reforma no aparelho estatal, mas foi apenas uma intervenção legislativa constitucional decorrente do movimento reformista, que contemplou também uma série de outros atos legislativos ordinários.

Vê-se a dimensão da EC 19/98 no regime jurídico administrativo brasileiro diante da inserção expressa, junto aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, o *princípio da eficiência*, no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a partir do que a busca pela eficiência e pelos resultados passou a integrar a ordem constitucional pátria.

Obedecendo às diretrizes e orientações fixadas como objetivo da reforma a ser empreendida a partir do Plano Diretor, a mencionada EC 19/98 também inseriu, no art. 37 da Constituição Federal o §8º a figura jurídica dos contratos de gestão entre Poder Público e órgãos da Administração Direta, bem como com entidades da Administração Indireta.

No entanto, apesar de o instituto do contrato de gestão ter sido inserido no texto constitucional apenas com o advento desta EC, havia já a previsão de outras formas de contratação pelo Poder Público em momento anterior à sua positivação constitucional. Dentre estas figura jurídicas, encontrava-se a previsão do contrato de gestão com Organizações Sociais (OS's), regido pela Lei 9.637/98, que possibilitava (e ainda possibilita) ao Poder Público a contratação de entidades privadas para execução de determinadas tarefas, desincumbindo-se, pois, de sua prestação direta.

Vale dizer que, embora seus *nomen juris* sejam idênticos, os mencionados contratos de gestão (Poder Público com Administração Pública e Poder Público com organizações privadas) afiguram-se como institutos jurídicos distintos, cada um com sua regulamentação. Passaremos à análise destas figuras existentes na ordem jurídica pátria.

2.1. A figura do contrato de gestão na ordem jurídica pátria

Como já aqui se falou, o instituto do contrato de gestão no ordenamento jurídico brasileiro é fruto da reforma administrativa gerencial operada a partir de meados dos anos 1990. Justifica-se a ideia de contrato de gestão na busca pela eficiência que norteou a reforma do aparelho do Estado, porquanto o instrumento possibilita o aumento de controle da atividade administrativa com base na busca de resultados, diminuindo-se, todavia, o controle das atividades procedimentais, ou seja, das atividades-meio através das quais se realiza aquele buscado resultado.

Explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O objetivo do contrato é o de estabelecer determinadas metas a serem alcançadas pela entidade em troca de algum benefício outorgado pelo Poder Público. O contrato é estabelecido por tempo determinado, ficando a entidade sujeita a controle de resultado para verificação do cumprimento de metas estabelecidas. (DI PIETRO, 2011, p. 340)

A previsão constitucional do instituto se deu com a aprovação da Emenda Constitucional 19/98, que, como se disse anteriormente, inseriu no art. 37 o §8º, prevendo, a partir da celebração de um contrato com o Poder Público, a possibilidade de aumento da autonomia de órgãos e entidades das Administrações Direta e Indireta.

O instituto também foi previsto legalmente com o advento da Lei 9.637/98, que faculta ao Poder Público a contratação de entidades privadas para a execução de tarefas e serviços.

Apesar de sua previsão constitucional tardia, contratos assim vêm sendo celebrados desde o início dos anos 1990, com lastro jurídico em decretos expedidos pelo Poder Executivo, como fruto da concepção da administração gerencial que assolou a esfera político-administrativa governamental no fenecer do século XX.

Vale a menção dos exemplos fornecidos por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que informam que os “primeiros contratos desse tipo foram celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce – CVRD (antes de sua privatização), a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás” (DI PIETRO, 2011, p. 340) cuja regulamentação se dava com base no Decreto nº 137, de 27 de maio de 1991.

Referido decreto, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais e deu outras providências, hoje já revogado, previa, em seu art. 8º, a possibilidade de empresas

estatais submeterem ao Comitê de Controle das Empresas Estatais (CCE) propostas de contratos de gestão “objetivando o aumento de sua eficiência e competitividade”.²

Muita discussão acerca da constitucionalidade desta forma de contratação surgiu à época, pois se alegava que este aumento de autonomia conferido às empresas estatais contratantes implicaria fuga ao regime jurídico-administrativo, o que, em última análise, feriria a legalidade.

Não obstante a discussão, o fato é que com a positivação constitucional e legal da figura do contrato de gestão, este instituto passou a ter expressa previsão legislativa, sendo sua justificativa a busca de maior eficiência e maior operacionalidade das atividades estatais.

Todavia, para que se evite a confusão, impende sejam ressaltadas as diferenças entre os institutos inscritos sob este *nomen juris*, eis que guardam uma série de peculiaridades. Bem assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que “não existe definição legal *genérica* para identificar o que se pretenda abranger sob tal *nomen juris*.” Informa-nos, ainda, que “tal rótulo foi normativamente utilizado para referir duas realidades distintas”, sendo uma delas consubstanciada no que chama de “*pretensos ‘contratos’ travados com sujeitos (pessoas jurídicas) integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado*” e a outra como sendo a realidade dos “*contratos travados com pessoas alheias ao Estado (‘organizações sociais’), que não guardam relação alguma com os anteriores*”. Por fim, o referido autor ainda afirma “que seria vã qualquer tentativa de buscar uma noção que abrangesse ambas as figuras” (MELLO, 2009, p. 224-225).

São diferentes, portanto, as figuras insertas em nosso ordenamento jurídico sob o nome de contrato de gestão e, embora possuam em comum as características de consubstanciarem-se em formas de entabulação por meio das quais são previstas metas a serem cumpridas pelo contratado e formas e deveres de fiscalização a serem realizados pelo Poder Público visando sempre à eficiência e eficácia da atividade, é certo que não podem ser tomadas como uma mesma figura jurídica.

Passa-se a analisá-las individualmente, bem como a expor as críticas que lhes são direcionadas por autorizada doutrina.

² Art. 8º As empresas estatais poderão submeter ao CCE propostas de contratos individuais de gestão, no âmbito do PGE, objetivando o aumento de sua eficiência e competitividade.

2.1.1. O contrato de gestão com a Administração Pública

2.1.1.1. Contratação com a Administração Indireta

A inspiração para a inserção do instituto do contrato de gestão com a Administração Indireta proveio do direito francês, do que resulta certa dificuldade para sua plena aplicação ao sistema pátrio, dado o amplo e rígido sistema de restrições e controles dispensado pela Constituição de 1988 para estas entidades, que não existia com tamanha magnitude na origem europeia e nem no regime jurídico dispensado à Administração Indireta no período anterior à CRFB de 1988. Isto porque, com a Constituição Cidadã adveio “uma tendência para a publicização” (DI PIETRO, 2011, p. 262), que impôs às entidades da Administração Indireta um regime jurídico em partes idêntico ao regime de direito público observado na Administração Direta, requerendo procedimentos e formas como concurso público para contratação de pessoal, exigência de licitação para contratações de obras e serviços, entre outros que acabaram ou emperrando a atividade administrativa gerencial planejada e operacionalizada pelos contratos de gestão ou gerando pretensas ilegalidades e fugas à aplicação de normas publicistas por meio de acertos visando à eficiência em detrimento das previsões legais.

Di Pietro discorda da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), que considerava aceitável a transgressão de normas de direito público desde que esta infringência à regra legal se caracterizasse como positiva, de modo a traduzir-se em um ato bem intencionado. O excerto merece transcrição em sua íntegra:

Não é possível concordar com a Escola Nacional de Administração Pública quando, depois de apontar as dificuldades de um controle governamental bastante rígido estabelecido no direito positivo brasileiro, afirma que “quem convive e conhece intimamente a burocracia pública não se surpreende ao ver inúmeras **transgressões ‘positivas’ das normas**, que são empregadas como único recurso para fazer funcionar os serviços públicos em determinados momentos ou situações. O sentimento de desconforto ocasionado por esse fato, intensifica o pensamento de que apenas maior grau de autonomia gerencial pode trazer às organizações públicas mais funcionalidade e melhor desempenho” (DI PIETRO, 2011, p. 263).

De fato, não se pode admitir a valoração entre transgressão positiva e transgressão negativa às normas de direito público, sob pena de se fomentar arbitrariedades incabíveis em sede de Estado Democrático de Direito. Por isso, buscou-se a positivação legal do instituto.

Como já se mencionou em breves linhas, a primeira previsão da contratação entre Poder Público e entidades da Administração Indireta na ordem jurídica nacional surgiu com o Decreto nº 137, de 27 de maio de 1991, sendo posteriormente também editados, em 26 de novembro de 1997, os Decretos ns. 2.487 e 2.488, que dispuseram sobre a possibilidade de qualificação de autarquias e fundações públicas como *agências executivas*, sob regime jurídico especial, por meio de contrato de gestão entre a entidade e o Ministério a que se encontrasse vinculada, pelo que seria elaborado um “plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade de gestão e para a redução de custos” (DI PIETRO, 2011, p. 264).

Não obstante a existência destas previsões do instituto na ordem jurídica pátria, muita controvérsia houve acerca da possibilidade ou impossibilidade de celebração destes contratos de gestão. Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que, apesar de tais decretos estarem em vigor “eles pouco efeito prático tiveram porque dificilmente se pode ampliar a autonomia dessas entidades [criadas por lei], por meio de decreto ou contrato de gestão, pois esbarrariam os mesmos em normas legais e constitucionais” (DI PIETRO, 2011, p. 264).

Impende seja mencionado também que, nada obstante a possibilidade de contratação pelo Poder Público com a própria Administração Pública (Direta e/ou Indireta) tenha sido estabelecida em nível de norma Constitucional pela EC da Reforma Administrativa (EC 19/98), que inseriu o §8º no art. 37 da Constituição Federal, as críticas à contratação com entidades da Administração Indireta não cessaram. Veja-se como passou a tratar a matéria na CRFB:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

Embora os objetivos da contratação, nos termos do dispositivo, sejam reconhecidos de maneira unânime pela doutrina, consubstanciando-se basicamente em a autonomia gerencial, orçamentária e financeira das entidades que com o Poder Público contratarem, pesadas

críticas há em relação à natureza jurídica desta contratação e à sua própria existência como contrato, bem como sua possibilidade diante do sistema jurídico administrativo-constitucional.

Com efeito, Celso Antônio Bandeira de Mello considera que estes contratos do Poder Público com a Administração Indireta são inválidos ou impossíveis. Assim os considera, por não haver a lei mencionada no dispositivo inserto através da EC 19, que visa a regulamentar a aplicabilidade do instituto. Nesse ínterim, é marcante a argumentação do mencionado autor no sentido de que, nada obstante a previsão constitucional do contrato de gestão, sem a edição da lei prevista no art. 37, §8º, continuam sendo inválidas ou impossíveis estas contratações, não passando de mero “protocolo de intenções” ou “acordo de cavalheiros” (MELLO, 2009, p. 228).

É que, conforme se depreende da nova previsão constitucional, deveria ser editada lei para dispor acerca: do prazo de duração do contrato; dos controles e critérios de avaliação do desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; e da remuneração do pessoal. Em não o fazendo, restaria inviabilizado o instituto do contrato de gestão com a Administração Indireta.

A respeito, conclui:

antes da possibilidade que lhes veio a ser aberta pela Emenda Constitucional 19 e da lei que disciplinará a matéria, os “contratos de gestão” travados com pessoas da Administração indireta, do ponto de vista jurídico, ou não existem ou, se existirem, são inválidos. (grifo acrescido) (MELLO, 2009, p. 228)

Entende, ainda, que mais viável seria o estabelecimento de metas para a Administração Indireta por meio do dever-poder de supervisão ministerial que o Poder Público exerce, pelo que lhe incumbe, grosso modo, estabelecer quem serão os dirigentes das entidades da Administração Indireta. Bastaria, portanto, visando à eficiência na gestão da Administração Indireta, que expusesse planos e metas a serem cumpridas pelos administradores que indicasse como dirigentes, submetendo sua permanência no cargo ou função ao cumprimento daquelas metas.

No que se refere à natureza jurídica do instituto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “a natureza efetivamente contratual do ajuste pode ser contestada” (DI PIETRO, 2011, p. 341), pois para que haja de fato um contrato, necessária se faz a existência de interesses contraditórios e opostos, o que é inconcebível na Administração Pública. Encerra afirmando

que os contratos de gestão com a Administração Indireta têm sua natureza jurídica muito mais próxima da natureza jurídica de um convênio do que de um verdadeiro contrato.

Por fim, contundente e disseminada crítica ao instituto diz respeito à pretensão característica destes contratos de aumentar a autonomia de instituições definidas em lei, ou seja, a pretensão de operar, pela via contratual, uma alteração na autonomia de entidades regidas pelo direito público, algo completamente inaceitável por malferimento ao princípio constitucional da legalidade, que informa a totalidade da estrutura da Administração Pública, incluindo a Administração Indireta. Desta forma, ao aumentar a autonomia das entidades contratadas, “o contrato efetuado entre agentes do Executivo estaria legislando”, pelo que ocorreria a “invasão de poderes do Legislativo pelo Executivo; portanto, ofensa à *cláusula pétrea* da ‘separação dos poderes’ (art. 60, §4º, III, da Constituição Federal)” (MELLO, 2009, p. 232).

2.1.1.2. Contratação com a Administração Direta

Os contratos de gestão previstos no art. 37, §8º da CRFB, como se viu, podem ser diferenciados entre contratos celebrados entre o Poder Público e a Administração Indireta (empresas estatais, fundações públicas e autarquias), que foram delineados, e entre aquele e a Administração Direta (órgãos da Administração Pública), que se passa a delinear.

Prevê o mencionado dispositivo que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos da Administração Direta poderá ser ampliada por meio de contrato, que será celebrado entre os administradores destes órgãos (pessoas físicas) e o Poder Público.

Desde já é possível a percepção de atecnicidades na redação do dispositivo, fruto talvez de uma tentativa desesperada de viabilizar a prestação de serviços e atividades públicas de maneira minimamente efetivas. Diante desta situação, a doutrina pátria, por seus mais variados e autorizados estudiosos, tece pesadas críticas ao dispositivo.

MELLO (2011, p. 233), ao expor o tema, inicia já com o questionamento “contrato entre órgãos?”, evidenciando assim sua incompreensão acerca do que pretendeu o legislador constitucional ao estabelecer o instituto. Continua o renomado autor com sua crítica afirmando, logo de início, a insubsistência do texto constitucional ao desejar ampliar a

autonomia de órgãos, que, definidos como centros de competência estabelecidos pelo poder central para designar determinadas atividades, não possuem qualquer autonomia que possa ser ampliada. Destarte, tratar-se-ia de fornecer autonomia a quem não tem, não de ampliá-la.

Embora possa parecer mera questão terminológica, o fato é que, como centro de competências subordinados ao poder que os instituiu, não se pode falar em qualquer autonomia aos órgãos, que em não sendo pessoas jurídicas, não detém vontade própria, mas subordinam-se a diretrizes instituídas pela pessoa jurídica estatal que os deu vida. Em mesmo sentido, ainda, não se pode imaginar a contratação entre órgãos ou de órgãos com o Poder Público, pois aqueles estão para este tal qual órgãos de um ser vivo está para o ser vivo, é o que exprime a teoria dos órgãos no direito administrativo. Desta forma, a título de exemplificação, tão inconcebível quanto é um braço contratar com um ser humano, é também um órgão contratar com o Poder Público. “Portanto, nem o Estado pode contratar com seus órgãos, nem eles entre si, que isto seria um *contrato consigo mesmo* – se se pudesse formular suposição tão desatinada. Trata-se de algo evidentemente impossível” (MELLO, 2009, p. 233). (grifos no original)

Em mesmo sentido, DI PIETRO (2011, p. 266) afirma não estarem presentes as características próprias de um contrato, pois que não há capacidade jurídica para que os órgãos sejam titulares de direitos e obrigações. Pondera que “os dois signatários do ajuste estarão representando exatamente a mesma pessoa jurídica. E não se pode admitir que essa mesma pessoa tenha interesses contrapostos defendidos por órgãos diversos.”

Pela impossibilidade de realização dos referidos contratos de gestão entre órgãos da Administração Pública, a doutrina de MELLO cita ainda a ideia inserta “talvez na suposição de que destarte fugiria de um resultado jurídico tão abstruso, tão grotesco e disparatado” (MELLO, 2009, p. 233) consistente no fato de que, ao prever o instrumento, menciona que os contratos seriam realizados entre os administradores e o Poder Público. Segundo Mello, mencionada possibilidade não fez mais do que agravar a situação já delicada do instrumento, no que atine à contratação de órgãos.

Explica sua indignação e irresignação com o disposto utilizando-se da ideia, consagrada no ordenamento jurídico pátrio, de que a imputação dos atos realizados por agentes do Estado atuando nesta qualidade é feita ao próprio Estado (princípio da impessoalidade). Ou seja, não se poderia falar em contratar com os administradores dos órgãos, porquanto estes estariam simplesmente atuando e expressando vontades dos próprios

órgãos e, em última análise, do próprio Estado. Não se aceitaria responsabilizar pessoalmente uma pessoa física pela atuação de boa-fé nos interesses da Administração Pública.

O que defende o mencionado autor é que “para que dois administradores, isto é, duas pessoas, se relacionassem contratualmente seria necessário que estivessem agindo *fora da qualidade de administradores*”. Conclui afirmando que, caso se dê uma relação entre administradores dos órgãos da Administração Pública, o que haverá será uma relação jurídica privada, de modo que “*não estariam vinculando os órgãos, ou seja, não poderiam estabelecer quaisquer programas ou metas de ação a serem por um deles cumpridas*” (MELLO, 2009, p. 234). (grifos no original)

Clara síntese das críticas foi elaborada por MEIRELLES (2010, p. 274):

O preceito é de difícil aplicação à Administração direta. Os órgãos públicos não tem personalidade jurídica e nem vontade própria, constituindo-se em centros de competência para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. De igual modo, não parece viável também a contratação dos *administradores* do órgão (como consta do citado preceito constitucional), visto que tais agentes já são servidores públicos e estão submetidos ao respectivo regime de trabalho. (grifos no original)

Vê-se, portanto, que o instituto do contrato de gestão entre o Poder Público e a própria Administração Pública (seja Direta, seja Indireta), recebe duras e consistentes críticas de grande parte doutrina jurídica pátria, de modo que renomados autores pugnam, inclusive, pela sua desconsideração como instituto ou instrumento hábil a ser utilizado.

Todavia, as críticas que recaem sobre o contrato de gestão previsto na Constituição Federal, terminando por inviabilizá-lo tecnicamente, não atingem o contrato de gestão possibilitado entre o Poder Público e as Organizações Sociais – embora estes também sofram críticas, conforme será visto adiante – por consubstanciarem, como se falou no início deste tópico, institutos jurídicos substancialmente diferentes, não obstante inscritos sob o mesmo *nomen juris*.

2.1.2. O contrato de gestão com Organizações Sociais

A segunda modalidade de contrato de gestão de que se pode valer o Poder Público para melhor satisfazer às necessidades emergentes tanto em âmbito interno da própria Administração Pública quanto na sociedade de modo geral, é o pacto com instituições dotadas

de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas a determinadas atividades previstas em lei e que, por isso, são passíveis de serem qualificadas como organizações sociais pelo Poder Executivo.

A celebração deste contrato de gestão possibilita à instituição o recebimento de verbas e a destinação, pelo Poder Público, de bens e servidores para serem por ela utilizados visando dar cumprimento às metas no contrato estabelecidas.

Desde já, importante esclarecer que a definição de uma entidade como organização social não remete a uma nova forma de pessoa jurídica privada, mas apenas confere uma qualificação a uma instituição privada (sociedade, associação etc.) já existente, mas que se vincule a quaisquer das atividades determinadas em lei.

As organizações sociais integram o terceiro setor, também denominado doutrinariamente de *entidades paraestatais*, e que “pode ser definido como aquele composto por entidades privadas da sociedade civil, que prestam atividade de interesse social, por iniciativa privada, sem fins lucrativos” (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 142).

A ideia inicial acerca das organizações sociais surgiu, em âmbito nacional, a partir da elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que previa expressamente um projeto acerca desta figura, visando dar maior eficiência às atividades prestacionais do Estado, por meio de descentralização daquelas atividades que não lhe fosse (ao Estado) exclusivas. O mesmo Plano Diretor traçava os delineamentos básicos das organizações. Veja-se excerto constante do PDRAE, fundamental para a compreensão da dimensão desta figura jurídica:

O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal.

Entende-se por “organizações sociais” as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária.

As organizações sociais terão autonomia financeira e administrativa, respeitadas condições descritas em lei específica como, por exemplo, a forma de composição de seus conselhos de administração, prevenindo-se, deste modo, a privatização ou a feudalização dessas entidades. Elas receberão recursos orçamentários, podendo obter outros ingressos através da prestação de serviços, doações, legados, financiamentos, etc.

As entidades que obtenham a qualidade de organizações sociais gozarão de maior autonomia administrativa, e, em compensação, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino. Por outro lado, busca-se através das organizações sociais uma maior participação social, na medida em que elas são objeto de um

controle direto da sociedade através de seus conselhos de administração recrutado no nível da comunidade à qual a organização serve. Adicionalmente se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor mas significativa dos custos dos serviços prestados.

A transformação dos serviços não-exclusivos estatais em organizações sociais se dará de forma voluntária, a partir da iniciativa dos respectivos ministros, através de um Programa Nacional de Publicização. Terão prioridade os hospitais, as universidades e escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus. A operacionalização do Programa será feita por um Conselho Nacional de Publicização, de caráter interministerial (BRASIL, 1995, p. 60, PDRAE). (grifos adicionados)

Como se vê, os traços gerais acerca das organizações sociais foram dados, antes de sua positivação legal, em sede o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que consolidou as diretrizes a serem seguidas para desburocratizar a Administração Pública Federal. Importante se faz explicitar as principais características que informam a ideia posta no PDRAE.

De antemão, extrai-se do texto que são entidades de direito privado que, por meio de iniciativa do Poder Executivo, obtém autorização legislativa para a celebração de um contrato de gestão com o Poder Público, de modo que passarão a ter direito ao recebimento de verbas públicas, provenientes de dotação orçamentária, para auxílio na prestação de atividades não-exclusivas do Estado, pelo que supostamente passarão a gozar de maior autonomia financeira e administrativa. O que se busca com esta qualificação e as modificações que ela implica é possibilitar a descentralização destes serviços e atividades de interesse público, por meio de um Programa de Publicização, através do qual se almeja a maior participação da sociedade, o que se fará por meio dos conselhos de administração das entidades que forem qualificadas como organizações sociais. De se mencionar, ainda, que a proposta do PDRAE consiste na transformação dos serviços não-exclusivos em organizações sociais, de modo que a criação de um implica na extinção do outro, e isto seria feito de forma voluntária, a partir da iniciativa dos ministros (ou secretários, no caso dos estados-membros) do Poder Executivo, sempre com vistas à busca de eficiência na Administração Pública.

No âmbito federal, a matéria foi positivada pela Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, que passou a dispor sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, criou o Programa Nacional de Publicização, e regeu a extinção dos órgãos e entidades estatais e a respectiva absorção de suas atividades por organizações sociais.

Embora em um primeiro momento a lei mencione o que o Poder Público realizará o *fomento* de atividades de natureza privada que auxilie no interesse público, “a própria lei, em

pelo menos um caso, está prevendo a prestação [execução direta] de serviço público pela organização social, hipótese em que ela exerce atividade delegada pelo poder público” (DI PIETRO, 2011, p. 269). Desta forma, a OS passará a prestar não uma atividade privada auxiliar, mas o próprio serviço público:

com efeito, quando a entidade absorver atividade de entidade federal extinta no âmbito da área da saúde, deverá considerar 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, de 19-9-09 (DI PIETRO, 2011, p. 269).

Portanto, DI PIETRO (2011, p. 47) considera como verdadeira forma de descentralização de serviço público esta transferência na prestação. Segundo a autora, os contratos de gestão com organizações sociais, realizados para que estas assumam a prestação de serviços públicos, constituem modalidade de *descentralização por colaboração*, através da qual o Estado delega a execução da atividade, porém mantém a titularidade. Nesta forma de descentralização para entidades qualificadas como organizações sociais, a transferência é efetivada por meio de instrumento (contrato de gestão) que expressa acordo de vontades. Menciona, ainda, a título de exemplo, as contratações com OS's realizadas na área da saúde.

Traço fundamental que se apresenta nesta modalidade de contratação é a possibilidade de dispensa de licitação para a realização de contratos de gestão com as organizações sociais. O art. 24, XXIV da Lei 8.666/93, incluído pela Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, inseriu expressamente o dispositivo com a previsão de que é dispensável a licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito da respectiva esfera de governo, para as entidades contempladas no contrato de gestão. Ressalta-se que esta norma, por integrar a legislação geral nacional acerca de licitações e contratos do Poder Público, pode ser aplicada em todos os entes públicos, sejam estaduais, municipais ou distritais.

A Lei Federal 9.637/98 estabeleceu as áreas de concentração de atividades que admitem a qualificação de entidades como organização social. Logo em seu artigo 1º menciona que podem ser assim qualificadas as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, desde que atendidos os demais requisitos previstos naquela lei.

Em seu art. 2º, previu os requisitos específicos para a habilitação à qualificação de entidades como organização social, que são, sinteticamente, dois: (I) a comprovação do registro de seu ato constitutivo, que deverá dispor sobre uma série de formalidades estabelecidas nas alíneas do dispositivo e; (II) a aprovação do Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade (exemplo Ministro da Saúde, Ministro da Educação etc.), quanto à conveniência e oportunidade da sua qualificação como organização social, bem como a aprovação do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado. Vale dizer que, por haver sido extinto o MARE, por força da Medida Provisória 1.795, de 1º de janeiro de 1999, suas atribuições foram transferidas ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que passou a ser encarregado da competente aprovação para a habilitação (MELLO, 2009, p. 239).

Após regular qualificação, a entidade privada poderá celebrar, com o Poder Público, o contrato de gestão, que se caracterizará como o instrumento, firmado de comum acordo, para formalizar a parceria entre as partes, visando ao fomento e execução das atividades relativas às áreas relacionadas na lei, e, para tanto, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações dos contratantes, nos termos dos arts. 5º e 6º da mencionada lei.

Estes contratos de gestão deverão prever também, ao tratar do programa de trabalho proposto pela organização social, das metas a serem cumpridas e seus respectivos prazos, bem como a expressa previsão dos critérios objetivos de avaliação de seu desempenho, por meio de indicadores de qualidade e produtividade (art. 7º, I). Toda a execução destes contratos de gestão será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada (art. 8º, *caput*). Acerca desta execução sobre a atividade prestada pela organização social, DI PIETRO afirma (2011, p. 268) que “o controle que sobre ela se exerce é de *resultado*”, o que vai ao encontro da proposta de Administração Pública com cunho gerencial, definida pelo PDRAE, consistindo, pelo menos em tese, em uma forma de sua concretização.

O art. 11 estabelece que as entidades qualificadas como organização social são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais,

cujos principais são a possibilidade, a partir de então, de recebimento de recursos públicos e a concessão de imunidades (sic) e isenções tributárias³.

A lei prevê ainda o fomento, por parte do Poder Público federal, às atividades sociais prestadas pelas OS's. A respeito deste fomento, cuja regulamentação legislativa se dá entre os artigos 11 e 15 da Lei 9.637/98, impecável é a síntese realizada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

o fomento pelo poder público poderá abranger as seguintes medidas: destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão, mediante permissão de uso, com dispensa de licitação; cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem; dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração Pública e a organização social (DI PIETRO, 2011, p. 268);

Deste modo, visando auxiliar a organização social no cumprimento do contrato de gestão, consagra-se a possibilidade de o Poder Público permitir o uso de bens públicos móveis e imóveis pela entidade privada, bem como a cessão de servidores públicos para trabalhar na OS's, que receberão a remuneração referente ao cargo que ocupam na Administração Pública, sem prejuízo de eventuais adicionais ou gratificações pagos pela entidade privada, que jamais se incorporarão à remuneração do servidor.

O art. 15 da lei prevê a possibilidade de extensão dos efeitos do art. 11 da lei 9.637/98, bem como do art. 12, §3º, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, Municípios ou Distrito Federal. Estes artigos preveem, respectivamente, a declaração de utilidade pública e interesse social da OS's e a destinação de bens públicos para estas entidades privadas, mediante permissão e dispensada a licitação. Todavia, para que isto se faça possível, necessário é que haja reciprocidade e desde que a lei local (estadual, municipal ou distrital) não contrarie os preceitos desta lei e a legislação específica sobre estas possibilidades em âmbito federal. A regência da parte final do dispositivo nada faz além de positivar a ideia hermenêutica que determina que, frente a aparente conflito de normas, sendo uma especial (estadual) e outra geral (federal), aplicar-se-á aquela norma em detrimento desta. Esta interpretação também vai ao encontro do art. 25 da CRFB, que consagra a autonomia administrativa, organizacional, legislativa e governamental dos estados-membros da federação (SILVA, 2009, p. 608-610).

³ CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Manual de Procedimentos Contábeis e Prestação de Contas das Entidades de Interesse Social. p. 37. Brasília: CFC, 2003.

Por fim, a lei 9.637/98 dispõe que as entidades privadas qualificadas como OS's poderão ser, em caso de descumprimento do contrato de gestão, ser desqualificadas, devendo os seus dirigentes responder individual e solidariamente pelos danos decorrentes de suas respectivas ações ou omissões. A desqualificação da entidade importará em reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da OS, sem prejuízo de demais sanções cabíveis.

Perceptível, por tudo o que foi até aqui exposto, que várias diferenças há entre as contratações do Poder Público com a própria Administração Pública (Direta e/ou Indireta) e as contratações celebradas entre aquele e as entidades qualificadas como organização social. Entre estas diferenças, merece destaque a consistente no fato de que, enquanto o contrato celebrado com a Administração Pública busca a ampliação da autonomia daqueles órgãos e entidades, o contrato celebrado com OS's acaba por restringir a autonomia das instituições privadas contratadas, pois, além de ter de se sujeitar aos preceitos do próprio contrato de gestão, passarão também a se submeter à normas de natureza essencialmente pública, em especial quando se tratar de um caso de verdadeira delegação de serviço público pelo Estado.

Embora as variadas diferenças entre os institutos dos contratos de gestão, o instrumento atinente à contratação do Poder Público com entidades qualificadas como organizações sociais, não se esquivava de duras críticas expostas pela doutrina pátria.

De início alega-se que há clara intenção do legislador de furtar-se ao regime jurídico administrativo, na medida em que possibilita a delegação de atividades que serão realizadas por servidores cedidos em bens cuja utilização será permitida à entidade privada contratada, ou, e outras palavras, serão as mesmas pessoas, utilizando-se dos mesmos bens, que realizarão as mesmas atividades, de modo que se alega que a única coisa alterada é o desaparecimento de uma série de limitações antes impostas pelo direito público, pelo que se operaria a fuga ao regime de direito administrativo.

Além disso, muito se critica também o fato de a lei ter deixado ao arbítrio do poder público, mormente dos Ministros ou titulares dos órgãos supervisores ou reguladores da atividade correspondente ao objeto social da entidade qualificada como OS, a qualificação de uma entidade como organização social. Menciona-se que se se vai repassar uma atividade pública por vezes essencial, bem como disponibilizar servidores e recursos públicos a uma entidade da iniciativa privada para que realize a prestação daquela atividade ou serviço, necessário far-se-ia um procedimento licitatório – o que se exige, inclusive, para contratações

mais simples que estas no âmbito do direito administrativo – e a regular comprovação de habilitação de idoneidade financeira e técnica da instituição a ser contratada. MELLO (2009, p. 239-240) alega que isto fere o princípio da isonomia (art. 5º, CRFB), pois não se possibilitaria a ampla participação de interessados na prestação dos serviços e atividades.

MELLO (2009) menciona ainda a inconstitucionalidade da dispensa de licitação para os casos em que se pretenda a delegação de serviços públicos. Segundo o autor, esta dispensa claramente infringe o art. 175 da Constituição Federal, que prevê a prestação dos serviços públicos pelo Estado, ou sua delegação *sempre através de licitação*. Estar-se-ia ferindo, pois, a Lei Maior, pelo que inválido seria o dispositivo de dispensa licitatória.

Para DI PIETRO (2011, p. 269-270), “se a entidade vai administrar dinheiro público, também não tem sentido a total ausência, na lei, de limitações salariais aos empregados [veja-se que a autora não está se referindo aos servidores cedido, pois estes serão remunerados com ônus para a origem – o Estado] destas entidades”. Considera esta omissão legislativa acerca de teto remuneratório para os empregados destas entidades, que desfrutam de verbas públicas provenientes de dotação orçamentária, contraditória com os objetivos pleiteados na Reforma Administrativa, especialmente no que se refere à contenção de despesas com pessoal. Afirma, ainda, que pela maneira “como a matéria está disciplinada na esfera federal, são inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão”.

2.1.2.1. Contratação com Organizações Sociais no Estado de Santa Catarina

No Estado de Santa Catarina, a figura dos contratos de gestão com organizações sociais foi estabelecida pela Lei 12.929, de 04 de fevereiro de 2004, posteriormente alterada pelas leis estaduais n. 13.343/05, n. 13.720/06 e n. 13.839/06. A regulamentação da matéria foi posteriormente realizada pelo Decreto nº 4.272, de 28 de abril de 2006. Tratar-se-á agora apenas no que atine à lei, deixando menções acerca de sua regulamentação para o capítulo seguinte deste trabalho.

A Lei 12.929/04 instituiu, no Estado de Santa Catarina, o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais (PEIOS), sob coordenação da Secretaria de Estado do

Planejamento (art. 1º, §3º) e cujo objetivo é, de acordo com o seu art. 1º, fomentar a descentralização de atividades e serviços desempenhados por órgãos ou entidades públicas.

O PEIOS faz parte de uma política administrativa de descentralização – denominação tecnicamente incorreta, eis que se consubstanciou mais em uma desconcentração do que em verdadeira descentralização, todavia, assim foi a insígnia utilizada para identifica-la – promovida pelo então Governador do Estado Luiz Henrique da Silveira, que criou variadas Secretarias Regionais para desconcentrar as atividades executivas do poder estadual, bem como promoveu a delegação de atividades e serviços para organizações do terceiro setor, fomentando especialmente atividades sociais.

As áreas em que se possibilitou este fomento, pelo Poder Público, na esfera estadual diferem um pouco das áreas previstas na lei federal das OS's. Em realidade, pode-se dizer que a legislação seguiu o modelo legal inserto pela Lei Federal 9.637/98, tanto para disciplinar o instituto do contrato de gestão, quanto para reger as entidades qualificadas como organizações sociais, fazendo, entretanto, algumas modificações – que são, em princípio, válidas, uma vez que a lei federal não é norma geral sobre a matéria.

Algumas destas modificações aparecem ainda no art. 1º da lei estadual, que menciona que as entidades que poderão receber as atividades e serviços por meio de delegação devem constituir-se como pessoas jurídicas de direito privado de fins não-econômicos ou não-lucrativos, conforme sejam associações civis ou fundações privadas, respectivamente. Outra modificação em relação à lei federal se deu no rol de áreas sociais que podem receber a atividade de organizações sociais. A lei estadual ampliou as possibilidades de atuação das entidades assim qualificadas incluindo, além das previstas na lei federal (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde) aquelas que dirigem suas atividades à assistência social, à comunicação, ao turismo, ao esporte e ao planejamento e gestão.

Visando possibilitar o fomento de serviços e atividades nestas áreas de atuação, o art. 18 da lei estadual faculta, ao Poder Público, a destinação de recursos e de bens públicos, estes últimos mediante permissão de uso e dispensada a licitação (§3º), às entidades qualificadas como organizações sociais, garantindo-lhes ainda créditos e liberações financeiras, conforme cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão e desde tenham tais créditos sido previstos em orçamento (§1º). Ainda com o mesmo objetivo de fomentar as atividades das

OS, estas são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, pelo que passam a gozar de benefícios fiscais.

Em mesmo sentido, o art. 22 da legislação catarinense possibilita que os órgãos e entidades da administração pública estadual autorizem a participação de seus servidores nas atividades desenvolvidas pela organização social, que se caracteriza como uma forma de cessão de servidor, fazendo as ressalvas de que a OS não poderá realizar pagamento de qualquer vantagem pecuniária a este servidor com verbas provenientes do contrato de gestão, bem como de que qualquer vantagem eventualmente paga pela OS e recebidas pelo servidor cedido – com dinheiro não proveniente do contrato de gestão – não será incorporada ao seu vencimento ou remuneração.

A lei prevê também as diretrizes a ser seguidas na descentralização e fomento destas atividades e serviços, como a necessidade de adoção de critérios que assegurem a otimização do padrão de qualidade na execução dos serviços e no atendimento ao cidadão (art. 1º, I), a promoção da melhoria da eficiência e qualidade dos serviços e atividades de interesse público (art. 1º, V), a redução de custos, racionalização de despesas com bens e serviços coletivos e transparência na sua alocação e utilização (art. 1º, VI). Há ainda a expressa previsão de que não serão objeto de descentralização as atividades típicas de Estado, que são exercidas com uso do poder de polícia (art. 1º, §2º).

O art. 2º da lei estadual previu como requisitos para que uma entidade privada, constituída conforme os ditames do art. 1º, possa se habilitar à qualificação como organização social. Novamente, têm-se similitudes com os requisitos estabelecidos pela legislação federal, todavia, como não são idênticos, impende sejam listados os estaduais, que se dividem basicamente em três, sendo que o primeiro tem ainda alguns “subrequisitos”: I) comprovação, pela entidade, do registro de seu ato constitutivo ou alteração posterior, devendo este registro cumprir uma série de subrequisitos⁴; II) deverá a entidade privada dispor da estrutura básica

⁴ O registro constitutivo deverá dispor sobre: a) a natureza social dos objetivos da entidade em relação à área de atuação, b) a finalidade não-econômica ou não-lucrativa, conforme se apresente como associação civil ou fundação privada, respectivamente, c) a aceitação de novos membros conforme o estatuto, no caso de associação civil, d) a previsão, em caso de extinção ou desqualificação da entidade, de incorporação integral do patrimônio, legados ou doações que lhe forem destinados por força do contrato de gestão e a ele afetados, bem como dos excedentes financeiros, ao patrimônio de outra OS congênere que atue na mesma área de atuação, ou ao patrimônio do Estado ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados, e) previsão de práticas de planejamento sistemático das ações da entidade (programação, orçamentação, acompanhamento e avaliação de suas atividades), f) o inciso foi revogado pela Lei 13.343/05, g) obrigatoriedade da publicação anual no Diário Oficial do Estado, de relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão, e h) proibição de distribuição de bens ou de parcelas do patrimônio líquido em qualquer hipótese.

consistente em: Assembléia Geral ou Conselho Curador, Deliberativo ou Superior, conforme se trate, respectivamente de associação civil ou fundação privada, devendo ainda possuir uma Diretoria Executiva, ou órgão equivalente, como órgão de gestão e um Conselho Fiscal, ou instância equivalente como órgão de fiscalização da administração contábil-financeira; III) por fim, deverá haver a aprovação do Secretário de Estado da área correspondente, bem como com Secretário de Estado do Planejamento, quanto à conveniência e oportunidade da qualificação daquela entidade como Organização Social. Cumpridos os requisitos, a qualificação dar-se-á por ato do Governador do Estado (art. 3º).

No que se refere à forma como será celebrada esta parceria entre o Poder Público e a entidade privada qualificada como Organização Social, a lei estadual estabelece, em seu art. 10 que o Contrato de Gestão é um acordo administrativo colaborativo, de interesse mútuo, que estabelecerá a relação entre o Estado e a respectiva entidade qualificada como Organização Social, com vistas à formação de parceria entre seus signatários, na qualidade de partícipes, para o fomento e execução de atividades ou serviços relativos às áreas relacionadas no art. 1º da lei, com ênfase no alcance de resultados.

Posto desta forma, o contrato de gestão estadual parece ir ao encontro do que vem defendendo a doutrina pátria, na medida em que se apresenta muito mais como uma forma de convênio entre seus sujeitos, legalmente denominados “partícipes”, do que de efetivo contrato. Isto porque não há interesses diversos postos na relação jurídica, mas, pelo contrário, há interesse mútuo e objetivo social comum, a ser alcançado com forte controle de resultados – novamente aqui se percebe a intenção da desburocratização da Administração Pública, que passa buscar uma concepção gerencial acerca de suas atividades.

Na elaboração do contrato de gestão, deverão ser observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade e da eficiência (art. 12), devendo ainda nele constar a discriminação das atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público Estadual e da Organização Social (art. 11). Corroborando com estas prescrições, há a necessidade de especificação do projeto a ser executado pela Organização Social, que deverá conter os seus objetivos, sua justificativa, informações acerca da relevância econômica, social e ambiental, informações sobre os órgãos e entidades públicas e privadas envolvidas e dos recursos financeiros a serem aplicados, bem como suas respectivas fontes, além dos indicadores de desempenho e as metas a serem

alcançadas e a equipe técnica envolvida na execução/prestação do serviço ou atividade de interesse público e o prazo para sua tanto (art. 12, I).

Uma importante diferença trazida pela lei estadual foi o inciso II de seu art. 12, que estabelece que deve constar do contrato de gestão a estipulação dos limites e os critérios para a despesa com remuneração de pessoal e com o pagamento de vantagens de qualquer natureza aos dirigentes e empregados das entidades qualificadas como OS's com os recursos oriundos do contrato de gestão. Esta previsão refere-se ao pagamento de funcionários e dirigentes da entidade, que serão regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (art. 21), com recursos provenientes do contrato de gestão, mas jamais aos servidores – que serão remunerados pela origem (art. 30-A, I) –, impossibilita que a organização social disponha de forma ampla e irrestrita dos recursos orçamentários recebido do Poder Executivo, uma vez que limitações atinentes à remuneração de pessoal constarão no próprio contrato de gestão.

Deverá também haver expressa menção, no contrato de gestão, no sentido de que os bens que a Organização Social adquirir durante o prazo de execução das atividades ou serviços previstos no contrato serão incorporados pelo Estado, o que também ocorrerá em caso de término do acordo, seja pela extinção da entidade, seja pela rescisão contratual (art. 12, III).

A execução do contrato será acompanhada, supervisionada e avaliada pelo Órgão Supervisor, ou seja, pela Secretaria de Estado correspondente à atividade fomentada (art. 10, §1º, I), que, por através de Comissão de Avaliação e Fiscalização irá acompanhar o desempenho da Organização Social em relação às metas estabelecidas no contrato (art. 14, parágrafo único, I). O acompanhamento também será realizado pela Secretaria de Estado do Planejamento, sem prejuízo, contudo, da ação institucional dos demais órgãos normativos e de controle interno e externo do Estado. Ainda, há de ser elaborada pela entidade privada a prestação de contas, correspondente ao exercício financeiro, que será enviada a Assembléia Legislativa, que realizará, com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, o controle externo das atividades da OS.

No caso de comprovado risco para a regularidade do fiel cumprimento às obrigações assumidas no contrato de gestão, o Poder Público poderá intervir nos serviços, visando dar-lhes cumprimento (art. 23, *caput*). Todavia, constatando-se o não atendimento dos

pressupostos legais e regulamentares com a intervenção, a gestão dos serviços delegados⁵ deverá ser retomada pela OS.

Por fim, constatado o descumprimento do contrato, o Poder Executivo Estadual declarará a desqualificação da entidade como Organização Social, pelo que deverão responder os seus dirigentes, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos que decorrerem de suas ações ou omissões que caracterizaram o descumprimento contratual (art. 27). Nesta hipótese, ainda, os bens que haviam sido permitidos à entidade, bem como os valores repassados para utilização da OS, por conta do contrato de gestão, serão revertidos ao Estado, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (parágrafo único).

Perceptível que, embora algumas alterações tenham sido feitas, no âmbito estadual, em relação à regência da contratação de gestão com entidades qualificadas como organizações sociais no âmbito da Administração Pública Federal, muitas críticas das realizadas pela doutrina pátria àquele instituto, podem ser estendidas a esta forma de contratação no âmbito do Estado de Santa Catarina.

Menciona-se, tão somente para exemplificar: a desnecessidade de exigência de licitação, eis que se aplica o art. 24, XXIV da lei federal 8.666/93 (lei geral de licitações); a desnecessidade de comprovação da qualificação técnica e da idoneidade financeira da entidade privada que busca habilitação à qualificação como organização social; a cessão de servidores público para executar atividades junto a entidades privadas entre outros.

Todavia, o fato é que esta forma de contratação encontra amparo legal também no âmbito do Estado de Santa Catarina, e vem sendo constantemente utilizada para delegação de atividades e serviços públicos, como ocorreu no caso do Contrato de Gestão 002/2012, que será analisado no capítulo seguinte.

⁵ A letra da lei menciona aqui serviços autorizados. A terminologia é aplicada, todavia, de maneira atécnica, uma vez que a delegação a que se refere a texto legal se dá por ato bilateral (contrato de gestão), e não com ato administrativo unilateral, como é o caso da autorização de serviço público.

3. ESTUDO DE CASO: A TRANSFERÊNCIA DO SAMU/SC PARA ORGANIZAÇÃO SOCIAL POR CONTRATO DE GESTÃO

Em março de 2012, no Estado de Santa Catarina, foi tornado público o Edital de Concurso de Projetos SPG/SES nº 001/2012, que realizou a abertura de procedimento licitatório de Concurso de Projetos no tipo melhor técnica e cujo objeto foi:

a seleção de uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, devidamente qualificados (sic) como Organização Social, no âmbito do Estado de Santa Catarina, na área da saúde, e que se interesse em realizar, por meio da assinatura de Contrato de Gestão, em estreita cooperação com a Administração Pública Estadual, a execução dos serviços de atendimento pré-hospitalar móvel, regulação médica das urgências e transferências graves, atribuídos ao SAMU (...)

Segundo o item 10.1 do Edital SPG/SES nº 001/2012, o Contrato de gestão seria firmado com a entidade vencedora do Concurso de Projetos, e este vínculo contratual seria realizado “obedecendo-se os critérios definidos na Lei nº 12.929 de 2004, no Decreto Estadual nº 4.272 de 2006 e no presente Edital”.

Do Edital mencionado, vale destacar ainda que no item “5 – DO REGULAMENTO OPERACIONAL DO CONCURSO DE PROJETOS” estabeleceu-se que, no julgamento dos projetos, seriam seguidas as atribuições de “capacidade técnica e operacional da Organização Social proponente” (item 5.1.2), “o ajustamento da proposta às especificações técnicas” (item 5.1.4) e “a regularidade jurídica e institucional da Organização Social proponente” (item 5.1.5) entre outros. O julgamento do projeto vencedor seria dado conforme os critérios estabelecidos nos Anexos III, IV e V do Edital em questão.

O Anexo III do Edital, em seu item “4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA” dispõe que, para que esta seja obtida, necessário que haja a certificação de “experiência anterior, mediante comprovação através de declarações legalmente reconhecidas “Declaração de Contratantes Anteriores” (item 4.1. do Anexo III). Além disso, há uma série de requisitos de qualidade necessários à qualificação técnica da Organização Social para que esta possa se habilitar à contratação com o Poder Público Estadual. Os demais parâmetros e matrizes de julgamento das propostas de projetos também estão estabelecidos de maneira clara nos anexos do Edital, com pontuações para itens “Atividade”, “Qualidade Objetiva”, “Qualidade Subjetiva” e “Técnica”, cada um destes critérios de avaliação com uma série de subitens cuja pontuação possível resta assentada nos mesmos anexos.

Outro dispositivo editalício digno de menção é aquele que estabelece, dentre variados deveres a serem cumpridos pela OS que celebrasse o contrato de gestão com o Poder Público Estadual, o dever de “Garantir que o atendimento de todo cidadão do estado de Santa Catarina seja realizado integralmente pelo Sistema Únicos de Saúde – SUS” (item 1.2.9), o que evidencia a intenção da entidade estatal de manter consigo a titularidade do serviço público, descentralizando, pois, apenas a execução do serviço a uma entidade de personalidade jurídica privada, visando o controle de metas e resultados.

Após o trâmite do procedimento licitatório aberto pelo Edital de Concurso de Projetos SPG/SES nº 001/2012, sagrou-se vencedora a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM, cuja qualificação como Organização Social da área da saúde no âmbito do Estado de Santa Catarina se deu pelo Decreto 857, de 07 de março de 2012, após submeter-se ao regular procedimento requerido para tanto, realizado junto à Secretaria do Estado da Saúde de Santa Catarina. Oficializando o resultado, adveio a Portaria Conjunta nº 422/SES/SPG, de 02 de maio de 2012, publicada no Diário Oficial de Santa Catarina nº 19328 em 09 de maio de 2012.

Após o encerramento do procedimento licitatório de Concurso de Projetos, sob o tipo melhor técnica, realizado à luz do Edital de Concurso de Projetos SPG/SES nº 001/2012, firmou-se, em 22 de junho de 2012, o Contrato de Gestão nº 002/2012 e anexos técnicos, que, como consta de seu preâmbulo, visava estabelecer o compromisso entre o Estado de Santa Catarina, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde, que atuaria na qualidade de ORGÃO SUPERVISOR, e a Associação Paulista para Desenvolvimento da Medicina – SPDM, para o gerenciamento, operacionalização e execução das ações do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) naquele ente público. A Secretaria de Estado do Planejamento – SPG/SC atuaria como interveniente no acordo.

Consta ainda que a elaboração do contrato, bem como sua execução se daria em conformidade com a Lei Estadual 12.929, de 04 fevereiro de 2004 e alterações posteriores, e no Decreto Estadual nº 4.272, de 28 de abril de 2006 e demais disposições legais aplicáveis, e ainda em conformidade com os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde/SUS, estabelecidos nas Leis Federais nº 8.080/90 e nº 8.142/90, com fundamento na Constituição Federal, em especial no seu art. 196 e seguintes.

Após a celebração do Contrato de Gestão 002/2012, diversas críticas surgiram no que atine à validade do pacto, especialmente em relação a aspectos de constitucionalidade e

legalidade, o que ensejou, inclusive, uma Ação Civil Pública (023.012.043764-6), proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o Estado de Santa Catarina e a SPDM.

Proceder-se-á à análise da constitucionalidade e da legalidade da contratação de gestão para a transferência da execução de serviços da área da saúde para entidades qualificadas como Organização Social, dando especial ênfase aos dispositivos constantes do contrato celebrado para a transferência da gestão do SAMU no Estado de Santa Catarina, sem, contudo, adentrar às questões de ordem técnica postuladas pelo MPSC na mencionada ACP, nem tampouco a todas as alegações ali expostas, mas apenas realizando a análise jurídico-legal do referido instrumento contratual, bem como das principais críticas realizadas e realizáveis ao acordo.

3.1. Questão de ordem: a ADI 1923-5/DF

Como já se falou anteriormente, a contratação de gestão, pelo Poder Público, com entidades de personalidade jurídica privada qualificadas como Organização Social, sofre variadas críticas diante da ordem jurídica pátria.

No que atine à legislação federal, propôs-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923-5/DF, que será resumida de maneira breve, por se apresentar como instrumento hábil para elucidar as principais alegações de inconstitucionalidade lançadas contra o instrumento de contrato de gestão, bem como a solução jurídico-constitucional apontada pela Suprema Corte. Desde já, vale a ressalva de que, embora mencionada ação se volte contra a legislação federal regente da matéria, praticamente tudo, no que diz respeito ao mérito, o que nela se impugnou e tudo o que nela se decidiu pode ser utilizado, por simetria, à legislação estadual, uma vez que guardam entre si grande similitude.

Referida ADI foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, que postulam pela declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.637/98 e do art. 24, XXIV da Lei 8.666/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.648/98, dispositivo este que torna dispensável a realização de licitação para contratos de

prestação de serviços com organizações sociais. Requereram, em sede de medida cautelar, a suspensão imediata da eficácia dos dispositivos legais impugnados.

Na fundamentação da ação, os requerentes sustentam a inconstitucionalidade da contratação de gestão com organizações sociais. À guisa de fundamentação, sustentam a infringência, por parte da Lei 9.637/98, de variados dispositivos constitucionais que acabariam por inviabilizar a validade do diploma legal.

Ao que nos interessa para este trabalho, serão destacadas as alegações feitas em relação ao direito à saúde e à transferência de serviços referentes à área da saúde para entidades qualificadas como organização social. A este respeito, defendem o malferimento dos seguintes dispositivos constitucionais: a) do princípio da não-interferência estatal nas associações (art. 5º, XVII e XVIII); b) da competência privativa da União para legislar sobre normas de licitação (art. 22, XVII); c) da competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II); d) da investidura em cargos públicos por meio de concurso público (art. 37, II); e) do princípio da licitação para contratação de obras e serviços públicos (art. 37, XXI); f) do controle interno e externo das entidades que recebem subvenções e benefícios públicos (art. 49, X, art. 70, art. 71, II e III, art. 74); g) das funções institucionais do Ministério Público (art. 129, I, II e III); h) da prévia previsão orçamentária para despesa com pessoal do serviço público (art. 169, §1º); i) do dever estatal de prestação dos serviços públicos de saúde e de assecuramento do direito à saúde (art. 175, art. 196, art. 197, art. 199, §1º).

O pedido liminar da ADI 1923-5/DF foi julgado improcedente no STF por maioria de votos, havendo três Ministros (Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski) que divergiram em relação ao voto do Ministro Relator (Ilmar Galvão), que foi o vencedor.

Esmiuçar-se-á, ainda que de maneira muito mais breve do que nos votos prolatados na mencionada ação direta de inconstitucionalidade, quais foram os argumentos vencedores na votação que indeferiu a medida cautelar.

Primeiramente, vale a consideração de que as entidades privadas que, após regular habilitação, contratam com o Poder Público, ao receberem a qualificação de Organização Social, passam a se caracterizar como entidades públicas não-estatais, por isso sujeitas a um regime misto de direito público e privado. Público naquilo que envolva financiamento estatal, privado em sua estruturação e gestão. Do voto do Ministro Relator Ilmar Galvão extrai-se que

atua o Estado como verdadeiro criador da organização, que nenhum outro objetivo terá senão servir como agente descentralizador da Administração, com a qual mantém uma relação de dependência constante e efetiva, não limitado à cooperação para produção de determinados resultados, mas decisiva. (GALVAO, 1999)

Considerou-se, portanto, na decisão prolatada em sede de medida cautelar na referida ADI que as entidades qualificadas como organizações sociais são submetidas e dependentes dos entes estatais que as institui, de modo que a autonomia a elas concedida não é outra coisa senão mera técnica de gestão, mas que os serviços por elas prestados continuam sendo inerentes ao Estado, que os presta indiretamente. Afirma-se, ainda, que tais entidades de personalidade jurídica privada guardam todas as características de entes da Administração Indireta, constituindo-se, pois, em instituições que transcendem os meros entes de cooperação (como SESC, SESI etc.).

Decorre destas observações a conclusão de que não há interferência estatal nas associações que obtenham qualificação como organização social. Isto porque uma difere da outra. A organização social, criada para assumir tarefas e serviços antes desenvolvidos pelo Estado, não se confunde com a associação que lhe dá forma jurídica, de modo que incumbe ao Estado exercer suas competências como detentor da titularidade do serviço público, pelo que não há malferimento do art. 5º, XVII e XVIII da CRFB e nem tampouco do art. 23, II também do texto maior, pois que o Estado continua responsável pelos serviços transferidos.

Ainda como decorrência das definições acima expostas, extrai-se também a consonância da Lei 9.637/98 com o art. 22, XVII da Carta Magna, pois que, em sendo a organização social uma entidade com personalidade jurídica privada que não integra o Estado, não se há de falar em violação ao dispositivo constitucional, que define a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais referentes a licitações e contratos nos âmbitos das administrações diretas e indiretas de todos os entes federativos, ao que não se insere a ideia de organização social.

No que se refere à alegação de malferimento ao art. 37, II do Texto Maior, o voto do Relator foi pela sua improcedência, na medida em que, embora a qualificação de entidades como organização social, bem como sua contratação pelo Poder Público devam obedecer aos princípios constantes do *caput* do art. 37, o inciso II do mesmo artigo somente se aplica para aquelas entidades em que seus empregados/funcionários sejam exercentes de cargo ou emprego público, o que não ocorre nas organizações sociais, que mantêm sua personalidade jurídica de associação privada.

O voto vencedor rechaça também a alegação de que há violação ao princípio da licitação, positivado no art. 37, XXI, CRFB, pois, segundo o Ministro Relator, seria inconcebível realizar um procedimento licitatório para definir a cessão de uso de bens e receitas públicas entre a entidade regularmente habilitada e qualificada como organização social e outras instituições que não o são, o que se reforça quando se tem em mente que as organizações sociais foram concebidas justamente para absorver atividades antes executadas por órgãos públicos.

No atinente à suposta violação do princípio licitatório para a aquisição de compras, obras, serviços e alienações pela organização social, julgou não haver qualquer violação pois é o próprio art. 37, XXI que estabelece que este requisito poderá ser excepcionado nos termos especificados em legislação. O caso das organizações sociais regidas pela Lei 9.637/98 seria, precisamente, uma exceção legal à regra, conforme facultou a Constituição.

Argumentação em mesmo sentido também fundamentou a negativa da inconstitucionalidade do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/98, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.648/98, pois seria, também aqui, o exercício da faculdade constitucionalmente assegurada no art. 37, XXI, CRFB, que se apresenta como a possibilidade de o legislador criar exceções ao mencionado princípio licitatório.

O Ministro Relator afastou também a alegação de malferimento às formas de controle interno e externo da atividade através da afirmação de que, embora haja na lei o estabelecimento de controles internos para a correta execução das atividades, a lei não exclui (e nem poderia fazê-lo) o controle externo, que é exercido, no âmbito federal, pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União, especialmente pelo fato de a OS receber receitas públicas. Além disso, há ampla fiscalização e controle pelo órgão ou entidade supervisora da área em que atua a organização social, o que se caracteriza como forma de controle interno. Não há, pois, ofensa aos arts. 49, X, 70, 71, II e III e 74 da Carta da República.

Insubsistente também a tese dos autores de que a Lei 9.637/98 feriria o dispositivo inserto no art. 169, §1º, CRFB, que estabelece a rigidez orçamentária que caracteriza os entes e entidades públicas. O afastamento desta alegação é feito com base na consideração de que as organizações sociais, embora exerçam precipuamente funções e atividades de interesse/utilidade pública, constituem-se como entidades de direito privado e não integrantes do Estado.

Diante da alegação de desrespeito ao art. 129, I, II e III da CRFB, afirmou o Relator da decisão, que indeferiu a medida cautelar na ADI em questão, que a lei não buscou afastar quaisquer das atribuições do Ministério Público, senão apenas fez estabelecer medidas a serem tomadas diante de ilegalidades ou irregularidades na utilização de bens de origem pública. A saber, a medida a ser tomada é precisamente a representação ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade, para que requeira ao juízo competente a decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens de seus dirigentes (art. 10 da Lei 9.637/98).

Em relação à suposta inconstitucionalidade da cessão de servidores para trabalhar junto às organizações sociais, afirmou o Ministro Ilmar Galvão que não há qualquer inconstitucionalidade, vez que estes servidores estarão desempenhando atividades de interesse público em instituições criadas com o fim precípua de absorção destas atividades, que até então eram desempenhadas pelos entes aos quais se submetem tais servidores. Julga não haver inconstitucionalidade também nesse ponto da lei.

Por fim, ao realizar a análise de eventuais infringências aos arts. 175, 196, 197 e 199, §1º do texto constitucional pela Lei 9.637/98, ressaltou o posicionamento vencedor na Corte Suprema que o que se garante naqueles dispositivos é o direito à saúde por meio de políticas públicas sociais e econômicas, mas não o dever do Estado na sua prestação direta. Vale a transcrição do excerto que julga a alegação de violação dos mencionados dispositivos, que, segundo o Ministro Relator:

Não impõem ao Estado o dever de prestar assistência à saúde por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impedem que o faça desse modo; tampouco, eliminam a possibilidade de cumprir ele esse dever, por meio de iniciativas como a consagrada na lei sob exame, seja por via de organizações sociais criadas e mantidas pelo Poder Público para tal fim, ou, ainda, mediante a colaboração da iniciativa privada, prestada sob sua regulamentação, fiscalização e controle, conforme previsto no art. 199, **caput** e §1º.

Por isso, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade quanto à saúde, no art. 1º da lei sob apreciação. (GALVÃO, 1999) (grifo no original)

Estes são, portanto, os critérios que nortearam a decisão do STF no sentido de indeferir, por maioria de votos, a medida cautelar pleiteada, que buscava a imediata suspensão dos dispositivos legais impugnados pelos partidos requerentes (PT e PDT) na ADI 1923-5/DF, proposta contra a Lei 9.637/98 e contra o art. 24, XXIV da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98.

É bem verdade que outros argumentos há na mencionada ADI, tanto favoráveis à inconstitucionalidade, quanto contrários ao vício, que poderiam ser aqui mencionados, inclusive argumentos e teses referentes a outras áreas do exercício social do Estado, como a área da educação, da cultura, do meio ambiente etc. No entanto, aos fins que se preza este trabalho, a menção das teses vencedoras na votação apresentam-se como necessárias e suficientes ao estudo do caso que se nos apresenta no Estado de Santa Catarina.

O que importa aqui ressaltar é que a transferência da execução de serviços na área da saúde, por meio de contrato de gestão, com entidades regularmente habilitadas e qualificadas como organizações sociais encontra respaldo constitucional e legal, ambos válidos, conforme exposto acima, inclusive no que tange à polêmica possibilidade de dispensa de licitação para contratação das entidades que receberem a qualificação de OS por meio de ato do Poder Público.

3.2. O Contrato de Gestão nº 002/2012

O contrato de gestão 002/2012, que transfere a gestão do SAMU/SC para a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM, é composto por dezesseis cláusulas, envolvendo disposições acerca do objeto do contrato, seus objetivos estratégicos, sobre o uso dos bens públicos, dos recursos humanos, do compromisso (deveres e obrigações) entre as partes, acompanhamento, fiscalização e avaliação de resultados, prazo de vigência, condições de pagamento e cronograma de desembolso financeiro, rescisão contratual entre outros.

Destarte vale já a observação de que mencionado contrato possui disposições acerca de todos os elementos que informam as cláusulas necessárias dos contratos administrativos, estipuladas no art. 55 da Lei 8.666/93⁶, não havendo qualquer irregularidade em relação a estes requisitos contratuais.

⁶ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: I - o objeto e seus elementos característicos; II - o regime de execução ou a forma de fornecimento; III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII - os casos de rescisão; IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa

O referido contrato sofre, contudo, as mesmas críticas opostas contra aos contratos de gestão que transferem a execução e gerência de serviços de saúde pública para entidades qualificadas como Organização Social em âmbito federal, cujas alegações passam, como já se viu na síntese da ADI 1923-5/DF, pela inconstitucionalidade da delegação da prestação de serviço de saúde, inconstitucionalidade, por infringência ao princípio da licitação, da edição de regulamentos de compras e serviços da OS pela própria entidade privada entre outros, conforme estudaremos adiante.

Todavia, vale a ressalva de que, embora o Contrato de Gestão 002/2012 transfira o gerenciamento, operacionalização e execução do SAMU/SC para entidade de personalidade jurídica privada qualificada como Organização Social, nos termos da Lei 12.929/2004 e do Decreto 4.272/2006, isto não implica na privatização do serviço público.

De fato, conforme estudado no capítulo I deste trabalho, a caracterização de um serviço público passa por três aspectos/elementos fundamentais, quais sejam: elemento material, elemento formal e elemento subjetivo. Assim sendo, no que atine à transferência da gestão do SAMU/SC para a entidade qualificada como OS, o elemento material continua presente na atividade, visto que a prestação material de uma comodidade ou necessidade pública ou de interesse público permanece intocada. Permanece também o elemento formal, uma vez que, não obstante a gerência de pessoal, compras e aquisições tenha um regime misto entre o direito privado e o direito público, a regulamentação formal do serviço de saúde em si continua sendo de direito público, qual seja, as leis e diretrizes do SUS. Não é outra a situação do elemento subjetivo, que, aliás, não é unânime como critério caracterizador de serviço público⁷. Seja como for, o critério subjetivo se apresenta na medida em que, embora executado diretamente por entidade privada, a OS como se Estado fosse, de modo que a titularidade do serviço permanece com o ente público (prestação indireta estatal).

prevista no art. 77 desta Lei; X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. ~~§ 1º (VETADO)~~ § 1º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) § 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

⁷ Repita-se a lição de Bandeira de Mello: “No serviço público – importa ressaltar – a figura estelar não é o seu titular nem o prestador dele” (2009, p. 671)

Corroborar com o exposto a previsão contida na Cláusula Quinta, Subcláusula primeira, item 2 do contrato de gestão em análise, que estipula, entre as obrigações da OS executora, a garantia do atendimento de todos os usuários do SAMU/SC por meio do Sistema Único de Saúde. Vale também a menção da vedação contida na Cláusula Décima Quarta, que proíbe a cobrança por serviços médicos, hospitalares ou outros complementares da devida assistência ao paciente.

Neste aspecto, há também a obrigação da entidade privada, constante da Cláusula Quinta, Subcláusula primeira, item 15, em expor em local visível a sua qualificação como organização social da saúde e informar sobre a gratuidade de seus serviços para com os seus usuários.

Por tudo e em tudo, vê-se que a manutenção do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência nas condições acima descritas impõe o entendimento de que não há privatização do serviço, mas, ao contrário, sua prestação como serviço público, eis que dentro dos moldes juridicamente estabelecidos para tanto e respeitante dos traços fundamentais que o caracterizam.

Como forma de garantir a prestação do serviço público de saúde prestada pelo SAMU/SC, é dever do Poder Público Estadual proceder à fiscalização das atividades prestadas pela entidade privada executora, pois que deverá analisar, sempre que necessário e, no mínimo anualmente, a capacidade e as condições de prestação dos serviços da OS, de modo a verificar se esta ainda possui condições de execução do objeto (idem, item 5).

Concomitantemente com o dever supramencionado, encontra-se a obrigação estadual de supervisionar, acompanhar e avaliar a execução do contrato (idem, item 6), tanto de forma setorial, através do órgão supervisor (SES/SC), como de forma global, através da Secretaria interveniente no contrato (SPG/SC).

Vale dizer ainda que a interveniente (SPG/SC) deverá, sempre que necessário, suscitar questionamentos a serem esclarecidos junto a órgãos externos como a Procuradoria-Geral do Estado, Tribunal de Contas do Estado, Ministério Público, bem como outros órgãos que se mostrarem pertinentes ao assunto (Cláusula Quinta, Subcláusula terceira, item 1).

Percebe-se aqui um encontro de normatividade no contrato, pois que, objetivando possibilitar a execução de seu objeto (gerenciamento e execução das atividades e serviços do

SAMU/SC), prevê, como forma de controlar as ações da entidade privada, ampla supervisão, acompanhamento, fiscalização e avaliação de sua atividade.

Trata-se, pois, precisamente, de medida assecuratória da prestação do serviços consubstanciados no SAMU/SC de acordo “com os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde/SUS, estabelecidos nas Leis Federais nº 8.080/90 e nº 8.142/90, com fundamento na Constituição Federal, em especial no seu art. 196 e seguintes”, como consta da página 1 do Contrato de Gestão em análise. Reforça esta ideia, ainda, o fato de que o descumprimento de cláusulas contratuais é hipótese de sua rescisão, de modo que caso seja constatada, durante a fiscalização das atividades prestadas pela OS, o descumprimento de quaisquer das diretrizes estabelecidas para a saúde pública, poderá ocorrer o fim do vínculo contratual.

Outro aspecto importante acerca do caso da transferência do SAMU/SC para entidade qualificada como OS diz respeito à constitucionalidade do repasse da execução do serviço de saúde para instituição de personalidade jurídica privada. Destarte, vale ressaltar que a decisão da ADI 1923-5/DF sobre o tema ajuda-nos a clarear o quadro desta transferência. Deve-se, contudo, fazer menção a alguns tópicos que julgamos importantes.

Como já se demonstrou no capítulo II, da leitura conjunta dos arts. 196 e 197 da CRFB, pode-se extrair que o direito de todos à saúde corresponde ao dever estatal em sua garantia, por meio de políticas sociais e econômicas, sendo que a execução das ações e serviços de saúde pode ser feita diretamente ou através de terceiros ou, ainda, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O art. 198 da Constituição, por sua vez, estabelece que as ações e serviços público de saúde constituem um sistema único. Estes serviços públicos de saúde, integrantes do SUS, poderão ser prestados de maneira complementar pela iniciativa privada (art. 199, §1º, CRFB).

Algumas inferências são aqui necessárias, para solucionar o problema da constitucionalidade ou não da transferência dos serviços de saúde para as OS.

Primeiramente, necessário se faz que sejam estabelecidas as maneiras pelas quais a prestação da saúde pode ser feita, o que se divide em três possibilidades: a) prestação direta pelo Estado (art. 197, *caput*, CRFB); b) prestação indireta pelo Estado – ou seja, através de terceiros (art. 197, *caput*, CRFB), caso em que deverá ser sempre precedida de licitação (art. 175, *caput*, CRFB) e; c) prestação por pessoa física ou jurídica de direito privado, o que

poderá se realizar, por sua vez, como atividade privada ou de maneira complementar ao SUS (art. 197, *caput*, c/c art. 199, *caput* e §1º da CRFB).

Dito isto, impende posicionar em que categoria se enquadra a transferência da gestão, gerência e execução do SAMU dentro das possibilidades constitucionais, caso isto se enquadre dentro das molduras das normas previstas no Texto Maior.

Embora em uma primeira leitura dos dispositivos que regem a matéria possa induzir ao entendimento de que a transferência de serviços públicos de saúde para as organizações sociais se insere na hipótese de prestação de serviço público por entidade privada em complementariedade ao Sistema Único de Saúde, uma leitura mais atenta, como a realizada pelos Ministros do STF na ADI 1923-5/DF, demonstra que não há complementariedade, mas, pelo contrário, prestação estatal indireta do serviço.

De fato, esta foi a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal para considerar que estas transferências possuem lastro constitucional. Em verdade, o que se considerou foi que a atuação da entidade privada, por se apresentar como Organização Social – cuja qualificação somente se dá a partir de ato do Poder Público, pois antes deste ato não passa de mera fundação ou associação privada –, se dá de maneira vinculada ao Estado, ficando este ente público com a responsabilidade pela prestação do serviço, de modo que a OS consubstancia-se apenas como uma estratégia de gestão e gerência do serviço. Isto vai ao encontro, inclusive, do que se expôs no Capítulo II deste trabalho, quando foi trazida a consideração elaborada por DI PIETRO (2011, p. 269), no sentido de que a contratação de gestão com organizações sociais trata-se de verdadeira forma de descentralização do serviço por colaboração, pelo que o Estado não se desincumbe da obrigação na prestação do serviço, mas o faz apenas indiretamente, sendo a execução direta delegada à entidade privada – ou, nos termos da ADI 1923-5/DF, da entidade pública não-estatal.

Nas palavras do Relator da mencionada ação direta, as entidades qualificadas como organizações sociais “não passam, portanto, de simples instrumento técnico de que se utiliza o Estado para a gestão dos próprios serviços; por ele criado, utilizado e, quando for o caso, extinto por via da desqualificação” (GALVÃO, 1999).

Posto desta forma, realmente parece que a transferência da execução dos serviços de saúde para as OS's ficam dentro dos moldes normativos constitucionalmente estabelecidos,

enquadrando-se, pois, a hipótese, dentre os serviços prestados indiretamente pelo Estado, logo, através de terceiros, conforme rege o art. 197, *caput*, CRFB.

Vale dizer ainda que no contrato de gestão celebrado entre Estado de Santa Catarina e a SPDM, quando do estabelecimento dos objetivos estratégicos, há a expressa previsão de que a prestação das atividades pela OS deverá coadunar com a legislação regente do Sistema Único de Saúde, o que pode vir reforçar a ideia de que o ente estatal é responsável pela prestação do serviço do SAMU nos moldes apresentados na regência do SUS.

O problema que resta ficaria em torno da obrigatoriedade de o Poder Público licitar para proceder à transferência do serviço, conforme exige o art. 175, CRFB, eis que excepcionado pelo inc. XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98.

Conforme interpretação dada na ADI 1923-5/DF, o dispositivo inserto pela norma infraconstitucional não viola o Texto Maior, eis que encontra validade no art. 37, XXI da Carta Constitucional, visto que este dispositivo faculta ao legislador ordinário excepcionar o princípio constitucional da licitação.

No caso do repasse do SAMU/SC, esta crítica há de ser, se não retirada, ao menos mitigada, pois, embora seja dispensável o procedimento licitatório para contratação com OS, conforme estabelece o art. 24, XXIV, Lei 8.666/93, há expressa previsão estadual prevendo a realização de concurso de projetos (arts. 25 e seguintes do Decreto 4.272/2006)⁸, ficando autorizada à contratação com o Poder Público a entidade vencedora.

Entretanto, embora seja mitigada a crítica à regência estadual da matéria, um ponto nevrálgico remanescente é o suposto excesso de discricionariedade da Administração Pública Estadual. É que, pela legislação estadual, somente poderão participar do procedimento licitatório as entidades devidamente qualificadas como Organização Social (art. 28 do Decreto 4.272/2006)⁹, e estas, por sua vez, receberão sua qualificação conforme conveniência e

⁸ Art. 25 A escolha da entidade para a assinatura de Contrato de Gestão será feita por meio de Concurso de Projetos, a ser realizado pela respectiva Secretaria de Estado que atuará na qualidade de Órgão Supervisor do Contrato de Gestão, com o acompanhamento da Secretaria de Estado do Planejamento.

⁹ Art. 28 Somente poderão participar do Concurso de Projetos as entidades **devidamente qualificadas como Organização Social** na área de atividade a que se refere o certame... (grifos adicionados)

oportunidade do administrador público (art. 9º, III, Decreto 4.272/2006)¹⁰, de modo que poderia restar inviabilizado o ideal de concorrência que informa o instituto da licitação.

Por outro lado, no entanto, com esta prévia qualificação da entidade como organização social, a legislação estadual consegue se desvencilhar de uma das principais críticas realizadas à contratação de gestão, qual seja: a ausência de comprovação de capacidade técnica do partícipe privado na contratação. Isto porque, a entidade privada que desejar obter a qualificação como organização social no Estado de Santa Catarina deverá comprovar, dentre outros requisitos, sua capacidade técnica, conforme estabelece o art. 10, §1º, II do Decreto 4.272/2006¹¹.

Em verdade, o fato é que, embora seja um ponto possível e até provavelmente falho na legislação estadual, a proteção à impessoalidade nas contratações de gestão com organizações sociais é maior do que a proteção conferida a esta forma de contratação na esfera federal, pois o Estado exige licitação para contratação. Deste modo, se a lei federal – que possui menor proteção à impessoalidade – foi julgada constitucional em sede de medida cautelar na ADI 1923-5/DF, também são, em princípio, constitucionais as contratações de gestão que se fundamentam na lei estadual 12.929/2004 e no Decreto 4.272/2006, que a regulamenta.

Superadas estas problemáticas iniciais, impende ressaltar que, para a consecução dos objetivos estratégicos postulados no contrato, previu-se a disponibilização, a título gratuito, de bens patrimoniais móveis e imóveis (cláusula terceira), por parte do Estado de Santa Catarina, para a Organização Social (executora), por meio de Termo de Permissão de Uso, que integra o Contrato de Gestão 002/2012. Os bens foram relacionados na Especificação do Patrimônio Público Permitido, anexo IV do contrato de gestão, cujo inventário ficou a cargo da Gerência de Patrimônio da SES/SC.

¹⁰ Art. 9º **O Poder Executivo somente poderá qualificar como Organização Social** as entidades com finalidades estatutárias dirigidas ao ensino, à assistência social, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à comunicação, à cultura, ao turismo, ao esporte, à saúde e ao planejamento e gestão, e que atendam, ainda, aos seguintes requisitos: (...) **III - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como Organização Social, do Secretário de Estado da área correspondente à atividade fomentada e do Secretário de Estado do Planejamento.** (grifos acrescidos)

¹¹ Art. 10 A entidade que decidir pleitear sua qualificação como Organização Social, deverá manifestar sua vontade mediante requerimento de qualificação a ser encaminhado ao Secretário de Estado da área correspondente a sua finalidade estatutária, acompanhado de cópia autenticada dos seguintes documentos: (...)II - demonstração da capacidade técnica e operacional da entidade para a eventual gestão de atividades e serviços a serem descentralizados.

A manutenção preventiva e corretiva destes bens móveis e imóveis e dos instrumentais e equipamentos permitidos deverá ser feita pela Organização Social (Cláusula Terceira, Parágrafo Primeiro, item VII). Tais bens que devem ser mantidos em perfeitas condições de uso, devendo posteriormente ser devolvidos ao Estado de Santa Catarina, no mesmo estado de conservação em que foram permitidos, consideradas as devidas depreciações, sob pena de ressarcimento (Cláusula Terceira, Parágrafo Único, item II).

Ainda no atinente aos bens necessários à execução do contrato, tem-se que a incorporação de novos bens com recursos oriundos do contrato de gestão será precedida de parecer técnico e autorização do órgão supervisor (Cláusula Terceira, Parágrafo Primeiro, item IX). No caso de extinção do contrato por rescisão ou pela extinção da entidade executora, os bens por ela adquiridos na execução do contrato de gestão serão incorporados ao patrimônio do Estado (Cláusula Terceira, Parágrafo Primeiro, item IV).

Não há, no que atine à permissão de bens, qualquer irregularidade, uma vez que à OS serão destinados bens que eram antes já empenhados no fornecimento do serviço público consubstanciado no SAMU, cujo gerenciamento, operacionalização e execução passarão à entidade pública não-estatal. Vale dizer ainda que não há aqui qualquer malferimento ao princípio da licitação para alienação destes bens, pois que a capacidade da entidade para assumir o serviço público descentralizado foi já comprovada quando de sua qualificação como organização social. É válida a transcrição de excerto do voto vencedor na ADI 1923-5/DF que trata sobre aspecto equivalente na esfera federal:

No que tange ao princípio da licitação, é de ver-se que, no que concerne à cessão de uso de bens públicos pelas organizações sociais, a dispensa de licitação se impõem como medida indispensável, posto não ser concebível o estabelecimento de concurso entre a entidade concebida e criada pelo Estado e outras entidades não qualificadas para o objetivo colimado (GALVÃO, 1999)

Nos termos do voto do Ministro Relator da ADI mencionada, portanto, decidiu-se pela constitucionalidade desta forma de cessão/permissão de uso de bens públicos pelas OS's, o que, inclusive, tem embasamento jurídico no art. 37, XXI da CRFB, na medida em que consta em lei (art. 18, §3º da Lei 12.929/2004) como uma das ressalvas ao princípio da licitação que rege toda a Administração Pública. Não se pode, portanto, falar em inconstitucionalidade em relação a este ponto da lei e do contrato, mormente quando há expressa previsão de que os bens deverão ser devolvidos no mesmo estado de conservação em que foram permitidos, como ocorre na legislação estadual.

No que atine aos recursos humanos (Cláusula Quarta, item I) do serviço público, entabulou-se que à executora competiria contratar diretamente pessoal, por meio de Processo Seletivo Simplificado. Estes trabalhadores seriam regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Para esta contratação de pessoal, poderia a Organização Social valer-se de recursos oriundos do contrato de gestão. Isto deveria obedecer ao Plano de Metas que integra o contrato.

Havia ainda a possibilidade de cessão dos servidores públicos efetivos então lotados e em exercício no SAMU/SC, que poderiam ser mantidos em seus locais de trabalho sem prejuízo remuneratório e funcional. A relação de trabalho destes servidores com a SES/SC seria mantida em sua plenitude. (Cláusula Quarta, item VI).

As principais críticas realizadas a estes dois dispositivos consubstanciam-se respectivamente em: a) alegação de fuga ao regime jurídico de contratação de pessoal por meio de concurso público, no que diz respeito à contratação de material humano pela própria OS (art. 37, II, CRFB); b) alegação de submissão de servidores públicos concursados e exercentes de cargo efetivo na Administração Pública à entidade privada, o que, em última análise, estaria ferindo o regime jurídico-administrativo a que se submetem estes servidores, bem como suas prerrogativas funcionais, uma vez que fizeram concurso para trabalhar junto ao Poder Público.

Em relação à primeira crítica, pode-se utilizar, por simetria, da decisão prolatada na ADI 1923-5/DF, que considerou não haver qualquer violação ao art. 37, II da Carta Constitucional, eis que, embora vinculada ao Estado pela sua qualificação como organização social, as SPDM constitui-se com personalidade jurídica de direito privado, conforme disposição estatutária¹², de modo que não pode ser submetida a requisitos de contratação previstos para a Administração Pública.

Outra justificativa para esta contratação de trabalhadores sem o requisito do concurso público encontra lastro na própria natureza da existência das organizações sociais, criadas para dar efetividade e eficácia aos serviços públicos que assumem, de modo que se faz

¹² Artigo 1º - A SPDM – Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, originalmente denominada Escola Paulista de Medicina, foi constituída por escritura pública de 26 de junho de 1933 nas notas do 10º Tabelião de São Paulo. É uma associação de direito privado, sem fins lucrativos, de natureza filantrópica, reconhecida de utilidade pública federal, estadual e municipal, respectivamente pelos Decretos n^{os} 57.925, de 4/3/1966, 40.102, de 17/5/1962, e 8.911, de 30/7/1970, e se regerá por este Estatuto e pela legislação que lhe for aplicável.

necessário, para tanto, que sua atividade de gerência não seja submetida completamente às amarras postas às entidades estatais.

Nada obstante, no caso do contrato estabelecido entre o Estado de Santa Catarina e a SPDM, há previsão de contratação direta de trabalhadores após Processo Seletivo Simplificado, o que, por inferência lógica, deve ser entendido como constitucional, uma vez que a decisão prolatada na Ação Direta considera constitucionais as contratações diretas sem qualquer requisito de seleção, de modo que, em sendo e constitucionais estas últimas, com mais razão o serão as contratações realizadas após prévio processo seletivo, eis que respaldam mais requisitos e maiores controles.

No que atine à suposta violação de prerrogativas funcionais dos servidores concursados cedidos à OS, não se pode falar em qualquer irregularidade no caso do Contrato de Gestão 002/2012. Isto porque, segundo o dispositivo contratual, os servidores poderão ser mantidos em seu local de trabalho (SAMU/SC), conforme item VI da Cláusula Quarta, não sendo esta manutenção obrigatória.

Além disso, de acordo com o art. 55 do Decreto 4.272/2006¹³, para que esta cessão/permissão de servidores ocorra, necessário é seu pleno consentimento, o que corrobora com o exposto no parágrafo anterior no sentido de que não há coercibilidade na permanência na função que exercia junto ao SAMU/SC antes do contrato de gestão.

Não se pode dizer também que o servidor prestou o concurso visando ao serviço público, e não ao serviço privado exercido pela OS, pois, como anteriormente demonstrado, o SAMU/SC continua caracterizando-se como serviço público, nada obstante sua execução tenha sido repassada para entidade com personalidade jurídica privada, uma vez que esta é apenas técnica de gestão utilizada pelo Estado.

Importante mencionar ainda que a OS, visando garantir o cumprimento das diretrizes estabelecidas pelas normas de regência do SUS (Cláusula Quinta, Subcláusula primeira, item 28), deverá promover a capacitação dos profissionais que prestam o serviço por ela executado, conforme as determinações do Ministério da Saúde (Cláusula Quinta, Subcláusula primeira, item 27).

¹³ Art. 55 A cessão de servidores públicos à Organizações Sociais por força da assinatura de Contrato de Gestão, somente poderá ocorrer com pleno consentimento do servidor.

No que atine ao pessoal contratado pela entidade executora, vale mencionar, por fim, que cabe à executora a responsabilização pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais de funcionários eventualmente contratados para a execução das atividades previstas no contrato. Evidencia-se, assim, o regime de direito privado que rege a atividade de gerência de pessoal da organização social.

A executora fica também responsável – objetivamente, leia-se – por danos causados na prestação do serviço. Vale a transcrição integral do dispositivo:

Subcláusula primeira – A EXECUTORA obriga-se a: (...)

4. Responsabilizar-se pela indenização de dano decorrente de ação ou omissão voluntária, ou de negligência, imperícia ou imprudência, que seus agentes, nessa qualidade, causarem a paciente, aos órgãos do SUS e a terceiros a estes vinculados, bem como aos bens públicos móveis e imóveis objetos de permissão de uso, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, sem prejuízo da aplicação das demais sanções cabíveis;

4.1 – A responsabilidade de que trata o item anterior estende-se aos casos de danos por falhas relativas à prestação dos serviços, nos termos do art. 14 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);

Depreende-se do dispositivo que o Estado se exime da responsabilização civil pelos serviços do SAMU/SC, de modo que o ressarcimento por eventual dano deverá ser suportado pela Organização Social executora. Isto corrobora com o entendimento de doutrina pátria no sentido de que a responsabilização civil objetiva é aplicada “a todas as pessoas jurídicas de direito público – não importa sua área de atuação – e às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos” (ALEXANDRINO; PAULO; 2011, p. 756).

Desta forma, embora não conste expressamente no contrato de gestão, há submissão da entidade à responsabilização civil extracontratual do art. 37, §6º da Constituição Federal, pelo que a executora deverá responder objetivamente pelos danos causados por ação de seus agentes que nesta qualidade se encontrassem, e subjetivamente, com base na culpa administrativa, por condutas omissivas de seus empregados/agentes. Isto porque, como já mencionado, a OS atua como se Estado fosse, uma vez que se apresenta como verdadeira delegatária de serviço público (delegação por colaboração).

A despeito da responsabilização civil da Organização Social nos casos indicados no dispositivo, a entidade privada não pode livremente dispor dos recursos financeiros que lhe são repassados, tratando-os como se dinheiro privado fosse, mas está submetida a algumas regras e procedimentos que visam dar publicidade e transparência à aplicação do dinheiro público, de modo a possibilitar a fiscalização da atividade pelo Estado de Santa Catarina.

Nesse sentido, as despesas com pagamento de remuneração e vantagens dos empregados e dirigentes da OS não podem exceder a 70% (setenta por cento) do valor global das despesas de custeio do serviço executado pela entidade (Cláusulas Quinta, Subcláusula primeira, item 21), ficando o cumprimento desta determinação contratual sujeito à fiscalização por meio de prestação de contas a ser apresentada pela executora (organização social) ao órgão supervisor (SES/SC) em relatório mensal, e também em relatório conclusivo do exercício anual, ou, ainda, a qualquer momento, conforme recomende o interesse público. Este relatório deverá estar acompanhado da prestação de contas correspondente aos respectivos exercícios financeiros mensais e anual (idem, item 24). Dispositivos tais dão efetividade ao art. 16, III, alínea “g”¹⁴ e ao art. 32, Parágrafo Único¹⁵, ambos do Decreto 4.272/2006.

Ademais, o controle da atividade da OS não se restringe apenas ao âmbito interno do Poder Executivo, mas, ao contrário, deverá ser também realizado por órgãos externos e estranhos àquele Poder. É o que se depreende da leitura da Subcláusula quarta da Cláusula Sexta do Contrato de Gestão 002/2012, que estabelece prazo em que a prestação de contas anual, exigida pelos órgão de controle interno e externo do Estado, deverá ser encaminhada ao órgão supervisor (SES/SC).

Esta disposição contratual coaduna com a previsão legal, inserta no art. 13, *caput*, da Lei 12.929, que dispõe que a atividade da OS não se furtará aos mecanismos de controle

¹⁴ Art. 16 O Contrato de Gestão, que deverá observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, e eficiência, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Órgão Supervisor, do Executor e dos Intervenientes, se for o caso, e conterà, além de outras especificações consideradas relevantes, os seguintes elementos: (...) III - cláusulas dispondendo sobre: (...) g) estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das Organizações Sociais, no exercício de suas funções, com recursos oriundos do Contrato de Gestão;

¹⁵ Art. 32 A execução dos Contratos de Gestão será supervisionada, acompanhada e avaliada, de forma global, pela Secretaria de Estado do Planejamento, de forma setorial, pela unidade de planejamento da Secretaria de Estado da área relativa às atividades e serviços descentralizados e, em âmbito regional, pela unidade de planejamento da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional, com auxílio da Comissão de Avaliação e Fiscalização referida no artigo 34 deste decreto, sem prejuízo da ação institucional dos demais órgãos de controle interno e externo do Estado. (...) Parágrafo único. A entidade qualificada como Organização Social apresentará ao Órgão Supervisor e à Secretaria de Estado do Planejamento, por intermédio da Comissão de Avaliação e Fiscalização referida no artigo 34 deste decreto, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do Contrato de Gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao período ou exercício financeiro.

interno e externo das atividades administrativas do Estado¹⁶. Portanto, resta evidente que, embora o contrato de gestão não apresente expressa disposição acerca da maneira pela qual será procedido o controle externo das atividades executadas pela organização social, o instrumento contratual não se esquivava, em momento algum, desta forma de controle.

A presunção de legitimidade dos atos e contratos administrativos é, inclusive, princípio informador deste ramo do direito público, de modo que não se pode pressupor, diante de omissão acerca da procedimentalização do controle externo, que o contrato de gestão e a sua execução se furtam a esta forma de controle. Antes, pelo contrário, lei e contrato admitem esta submissão. Não se vislumbra qualquer irregularidade no que atine a este controle, portanto.

No atinente ao controle interno, todavia, há, no Contrato de Gestão 002/2012, uma série de procedimentos e disposições tratando precipuamente do acompanhamento e fiscalização da atividade executada pela OS, bem como sobre a avaliação de resultados.

Em sua Subcláusula primeira, a Cláusula Sexta determina que o órgão supervisor (SES/SC) e a interveniente (SPG/SC) nomearão a Comissão de Avaliação e Fiscalização (CAF), o qual deverá reunir-se trimestralmente, no mínimo, para, diante da prestação de contas a ser efetuada pela executora: I) acompanhar e avaliar os resultados alcançados pela executora; b) recomendar, justificadamente, a revisão das metas (Cláusula Sexta, Subcláusula segunda).

Para a realização deste controle interno pelo órgão supervisor, a Subcláusula terceira do mesmo dispositivo contratual estabelece que tanto a CAF, quanto o órgão supervisor poderão exigir da executora, a qualquer tempo, informações e a apresentação de detalhamento de tópicos e informações constantes dos relatórios apresentados para prestação de contas.

Em mesmo sentido, também objetivando a transparência da gestão, o contrato prevê que os relatórios financeiros e de execução, referentes ao exercício anterior, do contrato em análise deverão ser publicados pela executora no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina, assim como em jornal de grande circulação e por meio eletrônico de divulgação, em até 30 dias após sua aprovação pela Comissão de Avaliação e Fiscalização (Cláusula Sexta, Subcláusula quinta).

¹⁶ Art. 13. A execução do Contrato de Gestão será supervisionada, acompanhada e avaliada pelo respectivo Órgão Supervisor e pela Secretaria de Estado do Planejamento, sem prejuízo da ação institucional dos demais órgãos normativos e de controle interno e externo do Estado.

Vê-se, portanto, que embora a referência ao controle externo do contrato e da atividade não mencione as formas pelas quais será este controle procedido, no que atine ao controle interno há minuciosa descrição de procedimentos a serem seguidos. Vale a ressalva, no entanto, de que a Subcláusula terceira da Cláusula Quinta do contrato de gestão estabelece, em seu item 1, que a SPG/SC deverá, ao acompanhar a execução do contrato, suscitar questionamentos necessários a serem esclarecidos junto a órgãos externos como a Procuradoria-Geral do Estado, o Tribunal de Contas do Estado, o Ministério Público entre outros órgãos pertinentes, o que acaba, ainda que indiretamente, por demonstrar o desinteresse do contrato em se furta ao controle externo.

Em relação às compras e contratações de obras, de serviços e de pessoal, tem-se que a entidade privada executora é responsável por elaborar seus próprios regulamentos, que deverão ser aprovados pela Comissão de Avaliação e Fiscalização, conforme art. 14, Parágrafo Único, inciso V, Lei 12.929/2004¹⁷.

A disposição é constitucional – já aqui isto foi mencionado – conforme se decidiu, em sede de medida cautelar na ADI 1923-5/DF, pois que a despeito de a organização social executar atividade/serviço público e receber subvenções governamentais para tanto, sua gerência e gestão se dá precipuamente sob regime de direito privado, com a ressalva do dever de prestar contas pelos recursos recebidos em decorrência do contrato. Assim sendo, por se caracterizar como entidade pública com gerência e gestão submetidas principalmente ao regime de direito privado, nada há de irregular na elaboração de seus próprios regulamentos de compras, alienações e contratações.

Percebe-se, enfim, que embora as atividades de gestão da organização social sejam menos limitadas do que as atividades que seriam exercidas diretamente pelo Estado, por não estarem submetidas integralmente ao princípio da legalidade objetiva, que rege a atividade administrativa estatal, ainda assim, sobre a OS incidem limitações de direito público,

¹⁷ Art. 14. Os resultados alcançados pelas Organizações Sociais com a execução do Contrato de Gestão serão analisados, por Comissão de Avaliação e Fiscalização, responsável pelo acompanhamento, no âmbito de cada Órgão Supervisor, que emitirá relatório conclusivo e dará publicidade oficial e o encaminhará ao titular da respectiva pasta e para a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina - Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, até o último dia do mês subsequente ao encerramento de cada trimestre do exercício financeiro. (...) Parágrafo único. A Comissão de Avaliação e Fiscalização aqui referida, cuja regulamentação será objeto de ato específico do Poder Executivo, terá como competência, entre outras estabelecidas em regulamento: (...) V - aprovar os regulamentos que serão adotados para a contratação de obras e serviços no âmbito do Contrato de Gestão, bem como para compras e contratação de pessoal com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

especialmente naquilo que diz respeito às verbas recebidas como decorrência do Contrato de Gestão 002/2012.

Em relação às obrigações do Estado-contratante, tem-se que este, por meio de seu órgão supervisor, deverá prover a executora de meios materiais e recursos financeiros para a execução do contrato (Cláusula Quinta, Subcláusula segunda, item 1). Isto se fará através da permissão do uso de bens móveis e imóveis (idem, item 3) e da destinação de verbas, que terão previsão em orçamento, de modo a custear a execução do objeto contratual (idem, item 2).

Estas previsões vão ao encontro da normatização que acima se expôs, no sentido de que o Estado não se exime da prestação do serviço público de saúde ao repassar sua execução à entidade qualificada como organização social, mas apenas se utiliza de técnica de gestão e gerência do serviço, o que é realizado por uma instituição privada, custeada pelo Poder Público, mas que não se encontra completamente presa às amarras do direito público, nos termos que já acima delineamos.

A ideia de que a contratação de gestão com entidade qualificada como OS é mera forma de gerir o serviço público por ele indiretamente prestado ainda é reforçada pela previsão legal e contratual de destinação de verba orçamentária específica para o contrato, sob insígnia própria. Apresenta-se, assim, como verba destinada não à SPDM, como associação privada, mas, pelo contrário, à OS que gerencia e executa os serviços do SAMU/SC, ou seja, como verba destinada à continuidade na prestação do serviço público garantido pelo Estado por meio de entidade pública não estatal.

Este é o entendimento que deve ser extraído da Cláusula Nona, item II, que disciplina o cronograma de desembolso financeiro pelo Estado de Santa Catarina, dispondo que referida importância irá onerar a dotação orçamentária consistente no: Programa: 400 – Gestão do SUS; Ação: 11441 – Subvenção Financeira às Organizações Sociais; Fonte: 0100; Elemento de Despesa 33.50.41.00; Unidade Orçamentária: 48091 – Fundo Estadual de Saúde.

Aqui reside, inclusive, mais um dos motivos que fundamentam o exercício do controle estatal sobre a entidade pública não estatal (organização social), eis que, para a prestação das ações e serviços do SAMU/SC, a entidade privada receberá verbas constantes em dotação orçamentária própria. Esta disposição vem confirmar a legitimidade tanto do exercício dos controles interno e externo sobre as atividades decorrentes do contrato de gestão, como

também a legitimidade da consideração da OS como mera técnica de gestão do serviço, na medida em que continua sendo prestado indiretamente pelo Estado através dos repasses financeiros que viabilizam a execução das ações do serviço público transferido, cuja prestação se submete às diretrizes do Sistema Único de Saúde.

Além destes dispositivos, importa mencionar também a obrigação da Secretaria de Estado da Saúde de programar, de maneira conjunta com a Organização Social, a adequação e ampliação da rede SAMU, tudo com obediência ao Plano Estadual de Urgências e Emergências e suas alterações (idem, item 8).

Mencionado dispositivo também escancara a responsabilidade estatal na prestação do serviço público, o que se caracteriza não somente pelo repasse de verbas que viabilizem a atividade da OS, mas também o comprometimento do Estado para com a melhoria e ampliação do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência em Santa Catarina.

Da leitura conjunta das cláusulas nona e décima, extrai-se ainda que a transferência de valores à executora se efetiva em parcelas mensais, sendo que 70% do repasse corresponde a um valor fixo mensal e os outros 30% compõem uma parte variável. A parte variável é, conforme se extrai do item 4.2 do “Anexo Técnico II: Sistema de Pagamento”, vinculada à avaliação dos indicadores de qualidade e conforme sua valoração. Ou seja, 30% do repasse vincula-se diretamente ao atingimento das metas de qualidade do serviço executado pela OS.

Vale repisar que o não atingimento dos objetivos e metas é hipótese que possibilita a rescisão contratual, quando sejam decorrentes de má gestão, de culpa, de dolo ou de violação à lei (Cláusula Décima Segunda, item I).

À executora faculta-se ainda a obtenção de recursos para a execução do contrato por outras formas, além dos repasses estatais. A este respeito, diz o contrato:

IV. Os recursos financeiros para a execução do objeto do presente CONTRATO DE GESTÃO pela EXECUTORA poderão ser obtidos mediante transferências provenientes do Poder Público, doações e contribuições de entidades nacionais e estrangeiras, rendimentos de aplicações dos ativos financeiros da Organização Social de Saúde e de outros pertencentes ao patrimônio que estiver sob a administração da Organização, ficando-lhe, ainda, facultado contrair empréstimos com organismos nacionais e internacionais.

Evidencia-se, por esta cláusula, a parcial independência de gestão da Organização Social no atinente às verbas financeiras de que dispõe. Obviamente fica vinculada à contraprestação estatal, o que pode ser entendido como forma de remuneração pelos serviços

prestados, sendo-lhe facultado, todavia, a obtenção de recursos por outros meios. É a mescla jurídica realizada pela fragilização da classificação binária do direito em direito público e direito privado, conforme informa o jurista alemão Gunther Teubner:

Não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as ideias de uma fusão de aspectos públicos e privados. Ao invés disso, a simples dicotomia público/privado significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com ajuda de uma única classificação binária; ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do direito em público e privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito (TEUBNER, 2005, p. 237 *apud* MENDES, 2012, p. 782, E-pub)

Por meio da disposição acima mencionada, portanto, possibilita-se à organização social a obtenção, sem envolvimento estatal, de recursos a serem utilizados no desempenho do objeto do contrato (gerência e execução do serviço público). Escancaram-se, desta forma, os fins sociais a que se presta a entidade executora, vez que poderá aplicar recursos provenientes de outras transações no desenvolvimento do objeto contratado com o Estado de Santa Catarina.

Na parte final do contrato, a Cláusula Décima Segunda trata acerca das hipóteses de rescisão do pacto, estabelecendo quais são as situações que possibilitam o fim do vínculo celebrado entre as partes signatárias do acordo, o que poderá ocorrer, a qualquer tempo, por acordo entre os partícipes ou administrativamente.

Elenca-se as principais hipóteses que possibilitam a rescisão contratual: a) diante o descumprimento de cláusulas, dos objetivos e metas do contrato, decorrentes da má gestão, culpa, dolo ou violação da lei, como se discorreu acima; b) o não atendimento às recomendações da Comissão de Avaliação e Fiscalização, desde que estas recomendações tenham sido validadas pelo órgão supervisor (SES/SC), o que remonta à ideia de controle e fiscalização da atividade pelo Poder Público; c) a alterações do estatuto social da executora que inviabilizem sua qualificação como Organização Social, pois, como visto no capítulo II, há uma série de requisitos estatutários a serem cumpridos pelas entidades para sua qualificação como OS; d) por ato unilateral da executora, na hipótese de atrasos dos repasses financeiros devidos pelo Estado, desde que o atraso exceda 90 (noventa) dias da data fixada para pagamento; e) por ato unilateral da executora, devidamente justificado pela inviabilidade

econômica do contrato, mediante comunicação ao órgão supervisor com antecedência mínima de 120 dias, sem obrigações indenizatórias por este motivo.

Duas Subcláusulas da cláusula décima segunda são muito questionadas, mormente porque impõem obrigações ao Estado no que atine ao repasse de verbas para pagamento de despesas referentes à dispensa de pessoal pela OS em caso de extinção do contrato. Transcreve-se ambos dispositivos:

Subcláusula segunda. No caso da rescisão unilateral proposta pela EXECUTORA devido a atraso dos repasses devidos, caberá ao ÓRGÃO SUPERVISOR arcar com os custos relativos à dispensa do pessoal contratado pela EXECUTORA para a execução do objeto deste contrato, sem prejuízo de indenização a que a EXECUTORA porventura faça jus.

Subcláusula quarta. Em caso de rescisão unilateral por parte do ÓRGÃO SUPERVISOR, que não decorra de má-gestão, culpa ou dolo da EXECUTORA, o ÓRGÃO SUPERVISOR repassará a EXECUTORA os recursos necessário à dispensa do pessoal contratado pela EXECUTORA, para a execução do objeto deste contrato, independente de indenização a que a EXECUTORA porventura faça jus.

Em ambas as situações, percebe-se que o partícipe que deu causa ao rompimento do vínculo contratual foi o órgão público estatal, seja diretamente, como no segundo caso, seja indiretamente, por atraso nos devidos repasses financeiros que viabilizariam a prestação do serviço pela OS, como ocorre no segundo caso.

Não parece haver qualquer irregularidade nesta situação, eis que, sendo contrato administrativo, e não mero ato unilateral da Administração Pública, o contrato de gestão se caracteriza pela confiabilidade das partes em sua duração pelo prazo estipulado, ou seja, não possui a precariedade entre suas características. Trata-se, ao contrário, de acordo entabulado em determinadas condições justamente porque duradouro durante determinado período. A respeito da rescisão unilateral do contrato pelo Poder Público, vale a transcrição de excerto da lição trazida por Hely Lopes Meirelles, de síntese e clareza singulares:

é a variação do interesse público que autoriza a alteração do contrato e até mesmo a sua extinção, nos casos extremos, em que sua execução se torna inútil ou prejudicial à comunidade, ainda que sem culpa do contratado; o direito deste é restrito à composição dos prejuízos que a alteração ou rescisão unilateral do ajuste lhe acarretar. (MEIRELLES, 2012, p. 218)

Assim sendo, não há, aparentemente, qualquer irregularidade nas disposições sobre rescisão contratual contidas no Contrato de Gestão 002/2012 e, em especial no que atine às duas Subcláusula acima expostas. Isto porque, embora prevejam o pagamento de encargos trabalhistas da OS pelo Poder Público, as hipóteses de quebra do vínculo entre os partícipes se

dão justamente por ato unilateral do Poder Público, seja ao deixar de efetuar repasses financeiros, seja ao rescindir unilateralmente, de modo que deverá, por isso, arcar com a composição dos prejuízos que a rescisão causar ao partícipe privado.

Por fim, as penalidades a que será submetida a OS executora em caso de inobservância de cláusulas ou obrigações constantes do contrato, ressalvados motivos de caso fortuito ou força maior, serão: I) Advertência escrita; II) Rescisão do Contrato de Gestão; III) Suspensão temporária de contratar com o Sistema Único de Saúde/SUS; IV) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública Estadual, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até sua reabilitação junto à autoridade que aplicou a sanção; V) Ressarcimento aos cofres públicos (Cláusula Décima Terceira).

A aplicação das penalidades será precedida de processo administrativo em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa (Cláusula Décima Terceira, Subcláusula Quarta) e dependerá da gravidade do fato que as motivar, conforme Decreto Estadual 688/2007, que regulamenta o Sistema Nacional de Auditoria no âmbito do SUS (idem, Subcláusula primeira). A imposição de quaisquer das sanções não ilide o direito do órgão supervisor de exigir indenização integral pelos prejuízos sofridos (idem, Subcláusula Terceira).

Estas são, pois, as principais cláusulas e considerações acerca do Contrato de Gestão 002/2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento da ideia de Estado como um ente público responsável pela garantia de uma série de prestações em prol do interesse público somado à concepção dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, como um dever estatal no o período pós Primeira Guerra Mundial fizeram surgir uma série de diplomas constitucionais que positivaram juridicamente tais garantias.

A partir destas constituições, que se fizeram presentes em praticamente na totalidade dos países ocidentais, passou a imperar a necessidade de ações e políticas públicas que dessem efetividade aos direitos sociais, incluindo-se entre eles o direito à saúde.

Não foi diferente o caso brasileiro, que trouxe expressamente a saúde entre os direitos fundamentais a que todos os cidadãos têm direito, conjuntamente com o correspondente dever estatal na sua prestação através de políticas sociais e econômicas, conforme postula seu art. 196, *caput*.

A execução dos serviços de saúde deve ser feita direta ou indiretamente pela entidade pública estatal, conforme rezam os arts. 175, *caput* e 197, *caput* da Carta Constitucional Cidadã. Tais serviços e ações de saúde pública irão integrar um Sistema Único de Saúde, de que poderá fazer parte a iniciativa privada, desde que em caráter complementar às ações e serviços oferecidas pelo Poder Público.

De amplas e variadas lições de doutrina pátria é possível extrair três elementos para a caracterização de um serviço como serviço público. O elemento material, consubstancia-se na atividade em si, ou seja, na prestação de uma comodidade, utilidade ou necessidade pública. O elemento formal, por sua vez, caracteriza-se pela regência jurídica dada àquela atividade prestacional, que se realiza sob a égide do direito público. Por fim, o elemento subjetivo é entendido como o sujeito que efetua a prestação, de modo que pode ser feito diretamente pelo Estado, ou através de terceiro, ficando o Estado apenas com a titularidade do serviço público, mas não com a responsabilidade pela execução direta.

Não só a atividade da Administração Pública na prestação de serviço público é regida pelo direito público, mas toda ela, ressalvadas algumas exceções, submete-se à legalidade

objetiva. Esta legalidade objetiva, que impossibilita a atuação do administrador público fora do feixe de possibilidades que a lei lhe permite, acaba trazendo, por vezes, à atividade estatal, demasiada burocracia.

Este problema de excesso de formalidades se fez presente também na prestação dos serviços públicos e, visando dar uma solução a este empecilho, operou-se, a partir da Constituição Federal de 1988 o processamento de uma Reforma Administrativa do aparelho estatal, cuja principal característica era a busca pela eficiência através da desburocratização das ações do Estado.

Com esta Reforma surgiram instrumentos de que o Estado passou a se valer para a prestação dos serviços públicos, sendo que um dos novos institutos criados foi o Contrato de Gestão, que poderia ser firmado entre o Poder Público e a Administração Direta (órgãos públicos) e Indireta (fundações públicas, autarquias e empresas estatais), assim como entre aquele e entidades de personalidade jurídica privada que fossem qualificadas como Organização Social.

A figura das Organizações Sociais se apresenta, no âmbito do direito administrativo, como entidades que se inserem entre o Terceiro Setor – o primeiro setor é o Estado, o segundo setor é o mercado. Este Terceiro Setor pode executar ações e serviços públicos não exclusivos de Estado, ou seja, serviços públicos que não demandem a utilização do poder de polícia administrativa.

Entre estes serviços não exclusivos do Estado, encontra-se o serviço de saúde pública, o que inclusive é expressamente estabelecido pelo art. 199 da CRFB, que estabelece a liberdade da iniciativa privada para atuar nesta área.

Ocorre, porém, que organizações inteiras do serviço público, como hospitais, por exemplo, vêm sendo delegadas às organizações sociais, o que gera uma série de críticas por parte de renomados juristas, sob a alegação de que somente se poderia transferir atividades complementares a determinado serviço de saúde pública, mas jamais uma organização ou instituição inteira.

No Estado de Santa Catarina houve, no ano de 2012, após prévia licitação na modalidade de concurso de projetos, a transferência do gerenciamento, operacionalização e execução das ações e atividades do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192).

Vale a menção de que o SAMU é parte integrante de uma política pública nacional de atenção às urgências, pelo que se submete à regulamentação que lhe é dada pelo SUS.

O contrato de gestão nº 002/2012, instrumento utilizado para efetivação da transferência do SAMU/SC para uma entidade qualificada como organização social da área da saúde no Estado de Santa Catarina foi firmado entre o Poder Público, por meio da Secretaria de Estado da Saúde (SES/SC), com a SPDM – Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, entidade que não possui fins lucrativos, e teve a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SPG/SC) como interveniente.

Através do mencionado contrato, o Estado transferiu a execução direta do SAMU/SC e, para tanto, permitiu o uso de bens que antes eram utilizados para a prestação do serviço, assim como possibilitou a permanência de servidores públicos concursados para atuação junto à organização social. Além disso, houve o estabelecimento de repasses financeiros a serem realizados pelo Estado à entidade de personalidade privada, visando dar viabilidade à execução das ações e serviços do SAMU/SC.

O contrato mencionado sofreu uma série de críticas, sendo objeto inclusive de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, que pugnou pela sua nulidade e pela reassunção da execução direta do SAMU pela entidade estatal. Dentre as críticas há uma série de impugnações de natureza técnica, às quais não nos detivemos no decorrer deste estudo.

Em relação às críticas jurídicas, as que estudamos, porque julgamos principais, foram: a inconstitucionalidade da transferência de serviço de saúde para entidade de personalidade jurídica privada, por constituir-se em privatização do serviço; infringência ao princípio da licitação para contratação da organização social; infringência ao princípio da licitação para contratações a serem realizadas pela organização social; infringência ao princípio da licitação para a transferência dos bens cujo uso foi permitido à organização social; fuga das atividades prestadas pela OS aos controles interno e externo entre várias outras.

Várias das críticas sofridas pelo Contrato de Gestão nº 002/2012 são, ainda que temporariamente, derrubadas pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar requerimento medida cautelar na ADI 1923-5/DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT contra a Lei 9.637/98 e contra o art. 24, inc. XXIV da Lei

8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98, que estabeleceu a possibilidade de dispensa de licitação para contratação de serviços junto a organizações sociais.

Embora a mencionada ADI seja proposta contra a lei que rege o instituto do contrato de gestão com organizações sociais na esfera do Governo Federal, ela pode ser aplicada, por simetria, à lei de regência da matéria em âmbito estadual, eis que os dispositivos lá impugnados encontram disposições análogas na legislação do Estado de Santa Catarina.

Além disso, após análise das principais cláusulas do contrato entabulado entre o Estado de Santa Catarina e a SPDM, percebeu-se que não há qualquer privatização do serviço público, eis que este mantém suas características no que diz respeito aos elementos material, formal e subjetivo, de modo que a única coisa que se altera é a gestão da instituição que executa o serviço.

Concluiu-se também que as organizações sociais, embora sejam entidades com personalidade jurídica de direito privado, constituem-se, após sua qualificação, como entidades públicas não estatais. Isto porque uma associação ou fundação apenas será habilitada a firmar contrato de gestão com o Poder Público após receber a qualificação como organização social, de modo que apenas se constitui como tal após este ato, cuja competência para emissão é do próprio Poder Público.

Não há, tampouco, ferimento ao princípio da licitação, eis que a entidade executa serviço público, mas sua constituição jurídica é de direito privado, pelo que não se submete às regras, procedimentos e burocracias que caracterizam a atuação estatal. Submetem-se, no entanto, às diretrizes do SUS para a prestação do serviço público que executam. A gerência da associação é, portanto, diferente da gerência do serviço público. A primeira é regida pelo direito privado, a segunda pelo direito público.

Vale a menção de que a crítica dirigida à ausência de previsão de controle expreso no contrato parece erigir-se como uma tentativa desesperada de invalidar um instituto que, ao que tudo indica, deve ser considerado juridicamente válido. Isto porque, neste caso, a ausência de previsão expressa não implica a tentativa de exclusão daquela forma de controle, mormente porquanto este controle integra a própria natureza da ideia de coisa pública (como o é o dinheiro repassado às OS's), não estando excluído pela mera ausência de sua previsão expressamente em um contrato administrativo.

Por fim, vale a menção à crítica que nos parece mais consistente, qual seja, aquela que se dirige à discricionariedade do Poder Público para a qualificação de uma entidade como organização social. É que o art. 9º, inc. III da Lei 12.929/2004 estabelece que para receber a qualificação, a entidade privada interessada, além de cumprir todos os requisitos descritos nos outros incisos e alíneas do mesmo art. 9º, deverá contar com a aprovação do Secretário de Estado do Planejamento e do Secretário de Estado da área correspondente à área de atuação da entidade, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como OS.

Esta crítica, ao que nos parece, é válida e pode ensejar arbitrariedades e favoritismos nas contratações de gestão para transferência de serviços, caso a atuação do Poder Público se dê de maneira a violar o princípio da moralidade no trato para com a *res publica*, o que pode culminar, em última análise, na formação de esquemas de trocas de favores e corrupção por meio da sobreposição de interesses privados escusos em detrimento do interesse público e da supremacia que lhe é assegurada em caráter principiológico pela regência do direito administrativo.

A sugestão proposta para solucionar este problema seria a extinção desta discricionariedade, de modo que a entidade privada interessada em ser qualificada como organização social receberia a qualificação assim que cumprisse os requisitos objetivos para tanto, ou seja, a sugestão seria não deixar espaço para discricionariedade na qualificação de entidade, mas, pelo contrário, vincular a atuação do Poder Público tão logo cumpridos os requisitos objetivos pela entidade interessada.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19ª ed. São Paulo: Método, 2011.
- ANDRADE, Rogério Emílio de. **O preço na Ordem Ético-Jurídica**. Campinas: EDICAMP, 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____, Alexandre Santos de. **O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro**. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico n. 17, 2009.
- BASTOS, Lília Flores de Araújo. **Contratos de gestão celebrados pelo Poder Público com organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: [s.n.], 2004. Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.
- _____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
- _____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.
- _____. Plano diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995.
- _____. Portaria nº 1863/GM, de 29 de setembro de 2003. Institui a Política Nacional de Atenção às Urgências, a ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.
- _____. Portaria nº 1864/GM, de 29 de setembro de 2003. Institui o componente pré-hospitalar móvel da Política Nacional de Atenção às Urgências, por intermédio da implantação de Serviços de Atendimento Móvel de Urgência em municípios e regiões de todo o território brasileiro: SAMU- 192.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- Conselho Federal de Contabilidade. Manual de procedimentos contábeis e prestação de contas das entidades de interesse social / Conselho Federal de Contabilidade. Brasília: CFC, 2003.
- DALLARI BUCCI, Maria Paula. **O conceito de política pública em direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Lei nº 12.929, de 04 de fevereiro de 2004. Institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais e estabelece outras providências.

_____. Decreto nº 4.272, de 28 de abril de 2006. Regulamenta o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais – conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional [E-book]**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **As organizações sociais e o novo espaço público**. Disponível em:

<http://www.ccj.ufsc.br/~cancellier/bibliografia/livro_as_organizacoes_sociais.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

STRECK, Lênio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Agências, contratos e Oscips: a experiência pública brasileira**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

Web pages visitadas:

<http://samu.saude.sc.gov.br/>

http://portalses.saude.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=frontpage&Itemid=28

<http://www.pge.sc.gov.br/>