



DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS ATOS DAS ENTIDADES QUALIFICADAS COMO “ORGANIZAÇÃO SOCIAL” OU “ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO”, NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DIRIGIDA À PROMOÇÃO DA SAÚDE

Walderês Martins Vieira¹

Sumário: **8.1** Da responsabilidade pela fiscalização - **8.2** Da responsabilidade do Estado pelos atos das “OS” ou “OSCIP”, na hipótese de danos causados a terceiros, em decorrência do exercício de atividade dirigida à promoção da saúde - **8.2.1** Principais elementos diferenciadores entre a “Responsabilidade Pública” e a “Responsabilidade Civil” - **8.2.2** Da evolução das teorias de responsabilização do Estado - **8.2.3** Da natureza jurídica da responsabilidade pública

1 DA RESPONSABILIDADE PELA FISCALIZAÇÃO

A avaliação do desempenho das entidades qualificadas como Organização Social (OS) ou Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) será executada por meio de fiscalização.

Assim, foi estabelecida pelas Leis nº 9.637/98 e 9.790/99 uma responsabilização tripartite, ou seja, a fiscalização será exercida pelo Poder Público da área de atuação da atividade fomentada, pelos Conselhos de Políticas Públicas,² em cada nível de governo, e pela Comissão de avaliação dos resultados atingidos com a execução,³ quer instrumentalizada pelo “termo de parceria” (no caso da OSCIP), quer pelo “contrato de gestão” (no caso de OS), devendo o agente fiscalizador emitir um relatório conclusivo da avaliação e

¹ CV:<http://lattes.cnpq.br/5333839864414858>

² Os Conselhos de Políticas Públicas são criados por lei e deverão ser compostos por representantes da sociedade civil e dos governos, para deliberar e realizar o controle sobre determinadas políticas públicas (saúde, criança e adolescente etc.).

³ No caso das OS, a comissão de avaliação será indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. No que concerne às OSCIPs, a comissão de avaliação deverá ser composta por dois membros do respectivo Poder Executivo, um da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e um membro indicado pelo Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, quando houver.

encaminhá-lo a autoridade supervisora⁴.

2 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS ATOS DAS “OS” OU “OSCIP”, NA HIPÓTESE DE DANOS CAUSADOS A TERCEIROS, EM DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DIRIGIDA À PROMOÇÃO DA SAÚDE

Nesse contexto, entendemos necessário analisar uma questão pouco difundida pela doutrina, tal seja: qual a limitação da responsabilidade do Estado na hipótese de ocorrência de danos causados a terceiros pelas entidades prestadoras de serviços de interesse público?

Acreditamos que, para que seja possível responder à questão proposta, se faz mister o exame dos principais elementos diferenciadores entre a “Responsabilidade Pública” e a “Responsabilidade Civil”, a evolução das teorias de responsabilização do Estado e a natureza jurídica da responsabilidade pública.

2.1 Principais elementos diferenciadores entre a “Responsabilidade Pública” e a “Responsabilidade Civil”

Como base para demonstração dos principais elementos diferenciadores entre a “Responsabilidade Pública” e a “Responsabilidade Civil”, entendemos necessário analisar preliminarmente o significado do vocábulo “responsabilidade”, a fim de demonstrar, ainda que de forma breve, a evolução de algumas teorias que antecederam a atual ideia de reparação pecuniária, elemento basilar da responsabilidade civil.

O vocábulo “responsabilidade” originou-se do verbo latino *respondere*, que vem a ser o fato de alguém se constituir garantidor de algo. Referido verbo latino teve raízes na palavra *spondeo*, também de origem latina, que era a fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais.

O Professor Miguel de Serpa Lopes, sobre a situação capaz de gerar responsabilidade, manifestou-se da seguinte forma:

⁴ A fiscalização é instrumento que viabiliza a avaliação de cumprimento tanto do “contrato de gestão” como do “termo de parceria”, pois, se constatado descumprimento das disposições contidas no instrumento de cooperação, poder-se-á proceder à desqualificação das referidas entidades que será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa (artigos 16, da Lei nº 9.637/1998, e 7º e 8º da Lei nº 9.790/1999). Cf. PAES. *Fundações e entidades de interesse social*. Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários.

A violação de um direito gera a responsabilidade em relação ao que a perpetrou. Todo ato executado ou omitido em desobediência a uma norma jurídica, contendo um preceito de proibição ou de ordem, representa uma injúria privada ou uma injúria pública, conforme a natureza dos interesses afetados, se individuais ou coletivos.⁵

Nos primórdios da civilização humana, a responsabilidade civil fundava-se na vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor, pela ofensa a um de seus componentes.⁶

A vingança coletiva era fundamentada na “Lei de Talião”, hoje conhecida pela expressão “olho por olho, dente por dente”, numa segunda fase, o instituto evolui para uma reação individual criando situação em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos. O Poder público intervinha apenas para determinar como e quando a vítima poderia ter o direito de devolver ao lesante dano idêntico ao que foi produzido por ele.

No direito romano prevaleceu a noção básica do delito, no qual a vingança privada era fator elementar à ideia predominante de responsabilidade.

Numa terceira etapa, foi criada a teoria da *composição voluntária*, onde prevalecia a ideia de que seria mais razoável a reparação do dano por meio da prestação da *poena* e outros bens (pagamento de certa quantia em dinheiro), do que cobrar a pena de Talião.

Após essa fase, surgiu a teoria da *composição legal*, em que o lesante passa a ser efetivamente punido pelo Estado, ainda que de modo tímido, porque essa punição era feita por meio de ruptura de um membro, a fratura de um osso e ofensas ordinárias como violências leves, bofetadas, golpes etc.

A evolução do tema só ocorreu com a introdução, nos conceitos jus-romanísticos da *Lex Aquilia de Damno* que sedimentou a ideia de reparação pecuniária.

A teoria da responsabilidade se concretizou por intermédio da doutrina, precipuamente a desenvolvida pelos juristas franceses *Domat* e *Pothier*, responsáveis pelo *Princípio da Responsabilidade Civil* que influenciou quase todas as legislações que se fundaram na culpa.

⁵ LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de direito civil*, p. 550-551, v. 8.

⁶ GANDINI; SALOMÃO. A responsabilidade civil do estado por conduta omissiva, *RTDP*, n. 38, p. 162.

Após essa breve introdução, apresentamos os principais elementos diferenciadores entre a “Responsabilidade Pública” e a “Responsabilidade Civil”, a saber:

- *quanto à origem, a responsabilidade pública* nasceu com o direito administrativo, com base em decisões proferidas pelos Tribunais Franceses (Tribunal de Conflitos e Conselho de Estado),⁷ enquanto que *a responsabilidade civil* tem sua formulação no direito romano; logo, tem uma construção de mais de dois mil anos;
- *quanto aos objetivos, a responsabilidade pública* observa inúmeros objetivos, tais como: a moralização da atividade pública, a boa administração da coisa pública, a perfeição do serviço prestado (interesse de todos, mesmo que não usuários) fundamenta-se em princípios de justiça social, notadamente *no princípio da justiça distributiva* que tende a evitar qualquer dano injustificado e não equitativamente repartido entre todos os administrados, transcende o conceito de instrumento de composição patrimonial e não possui caráter de sanção jurídica; enquanto que *a responsabilidade civil* procura a responsabilização na obrigação geral de obediência à lei e aos deveres impostos pela ordenação, calcada no elemento de culpa do infrator, assim, trata-se de sanção jurídica civil, o objetivo privilegiado é o caráter de compensação patrimonial, indenizatório.

Cumprido, pois, tecer ainda, algumas outras considerações sobre a *responsabilidade pública*, tais sejam: 1. é mais ampla que a responsabilidade civil, pois, como defesa contra o controle estatal, o campo de abrangência do referido instituto abarca também a responsabilidade extracontratual da Administração Pública, em sentido estrito (órgãos do Executivo, atos judiciais, legislativos), *contratuais e quicá pré e pós-contratuais do Estado*; 2. é instituto que representa verdadeiro pressuposto do Estado Democrático de Direito (ou melhor, de justiça); 3. é regida por princípios de direito público, apesar de sua origem ser civilística; 4. funciona como instrumento de controle e de defesa contra o controle exercido pelo Estado sobre a sociedade, não podendo a

⁷ OLIVEIRA. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*, p. 153-154.

soberania atribuída ao Estado excluir a ideia de justiça social; e 5. é forma de autolimitação jurídica do Poder Público, em decorrência da progressiva jurisdicização da atividade estatal, mesmo que exercida por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.⁸

Após a explanação dos principais elementos diferenciadores entre a “Responsabilidade Pública” e a “Responsabilidade Civil”, faz-se mister demonstrar o panorama geral da evolução das teorias de responsabilização do Estado.

2.2 Da evolução das teorias de responsabilização do Estado

Nos regimes primitivos a primeira teoria existente era a teoria da *irresponsabilidade do Estado*, conhecida também como “feudal”, “regalista” ou “regeliana”, baseada na “teoria do direito divino”, no qual o soberano não cometia erros, era infalível. Segundo esta teoria, o Estado jamais reparava os danos decorrentes de atividades executadas por seus agentes. O dano era suportado inteiramente pelo próprio prejudicado, o particular. Essa teoria vigorou no Estado absolutista e foi adotada pelos Estados Unidos (até 1946) e pela Inglaterra (até 1947).⁹

Nos Estados Unidos, essa teoria foi adotada com base no princípio jurídico de que nenhuma indenização poderia ser paga sem lei que a autorizasse e sem o consentimento do próprio Estado em compor o dano.¹⁰

Na Inglaterra, a Coroa inglesa não admitia que pudesse ser citada e julgada pelos órgãos judicantes do Estado.

No século XIX houve a mitigação da *teoria de irresponsabilidade do Estado*, a responsabilidade do Estado passou a ser admitida em determinadas situações.

Passou a ser aceita a *teoria da responsabilidade por fato de outro (vicarious liability)*, operada exclusivamente nos casos em que existia uma *atuação culposa dos funcionários autores do dano*, no entanto, a culpa seria apreciada segundo as normas do direito comum.¹¹

⁸ Cf. LOUREIRO FILHO. Evolução e fundamentos da responsabilidade pública no direito brasileiro. *RTDP*, n. 36, p. 209.

⁹ Cf. CRETELLA JÚNIOR. *O estado e a obrigação de indenizar*, p. 58.

¹⁰ OLIVEIRA. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*, p. 137.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, p. 354-356.

Eduardo García de Enterría,¹² em trabalho acerca do tema, averbou que a responsabilidade direta do Estado era admitida somente em alguns casos. Àquela época havia sido promulgada uma lei federal sobre danos civis, O *Federal Tort Claims Act*, cujo teor fixou e admitiu a regra segundo a qual os Estados Unidos eram responsáveis, sempre que houvesse culpa, *devidamente apurada em iguais circunstâncias à de um particular*, surgindo a responsabilidade subjetiva; várias limitações à responsabilidade estatal, a saber: 1. reclamações relativas à perda de cartas ou objetos postais; 2. cobrança de taxas; 3. tarifas aduaneiras ou retenção de bens ou mercadorias pela alfândega; 4. danos causados pela imposição de medidas de quarentena; 5. reclamações que se produzam em país estrangeiro; 6. reclamações relativas às atividades fiscais do Tesouro; 7. danos causados por forças militares e navais em tempo de guerra, quando funcionário tenha agido em cumprimento a leis ou regulamentos ou no exercício de funções discricionárias, desde que tenha utilizado a devida diligência; 8. que o particular prejudicado acionasse diretamente o funcionário causador do dano.

No entanto, essa última hipótese, relativa à possibilidade de o particular acionar diretamente o funcionário, não era medida eficaz, pois os Tribunais americanos reconheceram a alguns funcionários um tipo de imunidade semelhante àquela de que gozavam os juízes, a imunidade abrangia os funcionários administrativos que exerciam funções de caráter jurisdicional e aqueles que exerciam competências discricionárias.

Em 1947, na Inglaterra, com a aprovação do *Crows Proceeding Act*, passou a ser permitido ao prejudicado que fosse acionada diretamente a Coroa, ou seja, submetia a Coroa à mesma responsabilidade prevista e aplicável a uma pessoa privada, tanto pelos danos causados por um funcionário (excluídos os resultantes da ação policial até a reforma de 1964), quanto pelo descumprimento das obrigações que todas as pessoas possuíam em relação a seus empregados.¹³

Uma das principais causas de rejeição à *teoria da irresponsabilidade do Estado* foi o crescente reconhecimento dos direitos dos indivíduos em face do Estado.

¹² Id.

¹³ Cf. DAVID. *O direito inglês*, p. 88.

A teoria da *responsabilidade subjetiva* atribuída ao Estado foi contestada, pois o elemento condicionante era unicamente a culpa, tal como entendida e aplicada no direito privado.

Essa teoria, segundo crítica do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles, era inviável, pois a aplicação de normas de direito privado para fundamentar e solucionar a responsabilidade do Estado se traduzia em total incoerência com a imposição do Estado, na condição de ente soberano.

O Estado, com seu poder e privilégios administrativos, não poderia ser comparado ao particular, despido que é de autoridade e prerrogativas públicas.¹⁴

A culpa se mostrou elemento condicionante insuficiente para explicar o dano que teria sido resultado de falha da máquina administrativa, de culpa anônima da administração.¹⁵

Em decorrência dessa insuficiência, surgiu a teoria da *culpa administrativa*, desvinculada da culpa do agente público ou do funcionário e centralizada na ideia de funcionamento do serviço público (atraso, omissão, ou ainda, mau funcionamento do serviço).

A partir dos princípios de direito público e do trabalho dos Tribunais Franceses, mais especificamente a partir dos casos *Rotschild* (1855) e *Blanco*¹⁶ (1873) e com o objetivo de ampliar a responsabilidade estatal, foram desenvolvidas várias teorias publicistas, tais como a *teoria da culpa administrativa* e a *teoria do risco*.

Na *teoria da culpa administrativa*, a responsabilização do Estado era subjetiva, deixando para a vítima o ônus da prova, logo, restou enfraquecida dando ensejo ao surgimento da *teoria do risco*.

¹⁴ MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 561.

¹⁵ CAHALI. *Responsabilidade civil do estado*, p. 355-378.

¹⁶ O ano de 1873 constitui o marco desta nova fase, a partir do sempre lembrado caso Blanco (na verdade, a partir do caso Rothschild, 1855, e confirmada pela decisão de Pelletier, 1873), no qual fora promovida ação de indenização pelo pai da menina Agnés Blanco, em razão de ter sido esta colhida pela vagonete da Companhia Nacional da Manufatura de Fumo. Em decisão histórica do Tribunal de Conflitos, tendo por Relator o Conselheiro David, declarou-se ser da competência administrativa a solução do litígio, por tratar-se da apreciação da responsabilidade decorrente do mau funcionamento de um serviço público. Inaugurou-se, a partir daí, a autonomia do direito administrativo e mesmo da responsabilidade administrativa, em razão do entendimento de ser o funcionamento dos serviços públicos regido por regime jurídico próprio, distinto, portanto, daquele existente no Direito Privado (LOUREIRO FILHO. *Evolução e fundamentos da responsabilidade pública no direito brasileiro*. *RTDP*, n. 36, p. 216).

A *teoria do risco* representou um avanço em benefício do administrado, pois considerava como *condicionantes à responsabilização do Estado a ocorrência do dano e o nexu causal*, sendo suprimida a culpabilidade do agente público ou da falta do serviço. Surge, então, a responsabilidade objetiva do Estado, sendo condicionante apenas o fato do serviço.¹⁷

No Brasil, cresceu a ideia de necessidade de submissão do Estado ao Direito, formulação esta derivada do próprio Estado de Direito.¹⁸ Concepção inovadora que acabou por suprimir a antiga concepção preceituada pela Constituição Política do Império, datada de 1824, cujo teor previa a figura do Imperador como inviolável e sagrada.

A Constituição de 1891 também não continha dispositivo que estabelecesse a responsabilidade do Estado, apesar disso, ambas continham previsão de responsabilização direta do funcionário no caso de omissão ou atuação abusiva.

Em 1912, o Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912 (artigo 26), trouxe o primeiro caso de responsabilidade civil com base na teoria do risco. Trava-se de dispositivo legal que responsabilizava as estradas de ferro por todos os danos que, na exploração de suas linhas, causassem aos proprietários marginais, desde que demonstrada a relação de causalidade entre a exploração da linha e o dano causado ao proprietário marginal, independentemente de qualquer prova de culpa.¹⁹

As Constituições de 1934 (artigo 171) e 1937 (artigo 158) previam expressamente a solidariedade entre a conduta do funcionário e a do Estado.

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado (com base na teoria do risco), no Brasil foi adotada a partir da Constituição de 1946 (artigo 196, *caput*), que, em relação ao particular, era desvinculada da culpa do funcionário, e para que fosse configurado o direito a indenização bastava a constatação de ocorrência do nexu causal entre a atuação do Estado e o dano causado a

¹⁷ Importante lembrar a possibilidade de o Estado apresentar causas excludentes de responsabilidade, compreendendo as seguintes hipóteses: a) ocorrência de força maior; b) caso fortuito; c) estado de necessidade; e d) culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. As hipóteses de força maior e caso fortuito estão previstas nos artigos 1.058 do Antigo Código Civil e 393 do Código Civil de 2002.

¹⁸ DALLARI. Controle político das agências reguladoras. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 38, p. 16.

¹⁹ PAGANO. *A saúde pública em face do Código de Defesa do Consumidor*, p. 24-25.

terceiro, não sendo atingido o direito de regresso do Estado, em caso de comprovação de dolo ou culpa do seu funcionário.

Esse entendimento foi mantido na Constituição de 1967 (artigo 105) e na Emenda nº 1 de 1969, ratificado também pela atual Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, §6º (sendo ampliada a responsabilidade objetiva também ao particular prestador de serviço público).

Averba a Professora Odete Medauar que o Estado e seus governantes passaram a um estado de submissão ao direito, assim como os indivíduos, não estavam mais acima ou fora do direito.²⁰ Dessa forma, ao indivíduo foi garantida proteção contra o livre arbítrio do Estado.

2.3 Da natureza jurídica da responsabilidade pública

O Professor Sergio Cavalieri Filho assevera em seu “Programa de Responsabilidade Civil”²¹ que, ainda na vigência do artigo 15 do Código Civil de 1916, alguns autores começaram a sustentar a tese da responsabilidade objetiva do Estado, inspirados nas ideias que prevaleciam na França e em outros países europeus, tendo nesse período se destacado, dentre outros, alguns autores como Rui Barbosa, Pedro Lessa, Amaro Cavalcante.

Nos Tribunais, destacaram-se os votos proferidos no Supremo Tribunal Federal, os Ministros Orozimbo Nonato e Philadelpho Azevedo esboçaram nitidamente o alcance da *teoria de risco administrativo*. Concluindo, averba o autor que, também no Brasil, a responsabilidade objetiva do Estado chegou primeiro à jurisprudência, para depois se transformar em texto legal.

A Constituição Federal de 1988, artigo 37, §6º, dispõe que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Pelo teor do dispositivo citado, podemos verificar que em caso de prejuízo ou dano causado pelo agente, no exercício da atividade, ou seja, pela prestação do serviço público, a pessoa jurídica responsável pela prestação do serviço

²⁰ MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*, 3. ed., p. 25 e 397-398.

²¹ CAVALIERI FILHO. *Programa de responsabilidade civil*, p. 255.

deverá responder pelos danos causados por seu agente, pouco importando se o prestador do serviço seja pessoa jurídica de direito público ou privado.²²

A Carta Magna, nesta hipótese, adotou a *teoria do risco administrativo* e não a *teoria do risco integral*,²³ pois condiciona a responsabilidade objetiva ao dano decorrente da atividade executada. Logo, a responsabilidade, neste caso, será sempre considerada objetiva, sem prejuízo do direito de regresso.²⁴

Cabe salientar que a responsabilidade do Estado poderá ser proveniente de duas situações distintas, tais sejam: de conduta positiva do Estado, ou seja, comissiva, no sentido de que o agente público é o causador imediato do dano; de conduta omissiva, em que o Estado não atua diretamente na produção do evento lesivo, mas tinha o dever de evitá-lo (p. ex., a falta de serviço).

Alguns autores, como o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁵ sustentam ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma *omissão* do Estado.

Outros, como Guilherme Couto de Castro, entendem não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo.²⁶ Assim será quando se tratar de omissão genérica, ou seja, omissão que não criou circunstância propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo.²⁷

Após breve análise dos tópicos apontados, cremos estar em condições de responder à questão colocada, tal seja: qual a limitação da responsabilidade do Estado, na hipótese de ocorrência de danos causados a terceiros, pelas entidades prestadoras de serviços de interesse público?

²² No caso de pessoa jurídica de direito privado segundo o disposto no artigo 942 do Código Civil, os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

²³ CAVALIERI FILHO. *Programa de responsabilidade civil*, p. 252.

²⁴ O Código Civil de 2002 também adotou a *teoria da responsabilidade objetiva*, pelos serviços públicos prestados por pessoa jurídica de direito público, em total consonância com a Carta Magna de 1988.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 15. ed., p. 871-872.

²⁶ CASTRO. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*, p. 37. Em sentido contrário e adeptos à concepção de que tanto por ato comissivo como omissivo a responsabilidade estatal será sempre objetiva, podemos citar Hely Lopes Meirelles, Yussef Said Cahali, Celso Ribeiro Bastos e Odete Medauar, cujas obras são respectivamente: *Direito administrativo brasileiro* (p. 630), *Responsabilidade civil do estado* (2. ed. p. 40), *Curso de direito administrativo* (p. 190) e *Direito administrativo moderno* (4. ed., p. 430).

²⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 261.

As entidades qualificadas como “Organização Social” ou “Organização da Sociedade Civil de Interesse Público”, ao exercerem atividades dirigidas a serviços de relevante interesse público, tais como à promoção da saúde, o fazem em regime de cooperação com o Estado, cooperação esta concretizada por meio do “termo de parceria” ou “contrato de gestão”, neste caso, entendemos necessário analisar a exata posição daquela que está a executar a atividade.

A Lei nº 9.637/98, que trata das Organizações Sociais, não veda a possibilidade de recebimento de remuneração pelos serviços prestados, no entanto, há de ser observada a exceção prevista no artigo 18 da referida lei, o qual reproduzimos para maior clareza:

A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de 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 de setembro de 1990.

Da leitura da norma reproduzida, podemos abstrair a ideia de que na ocorrência da hipótese descrita (ou seja, apenas quando absorver atividades de entidade federal) é vedado o recebimento de remuneração pelos serviços que venham a ser prestados, sendo autorizado apenas o recebimento de recursos públicos.

No que tange às “Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público”, o Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, regulamentador da Lei nº 9.790/1999, também não veda a possibilidade de recebimento de remuneração pelos serviços a serem prestados, com exceção da hipótese disposta no artigo 6º, inciso II, que veda o recebimento de remuneração quando se tratar de promoção da saúde e educação, sem prejuízo da possibilidade de recebimento de recursos públicos. *Sendo assim, a primeira conclusão a que chegamos é que restou curialmente clara a preocupação do legislador em manter a importância Constitucional que a certos serviços foi atribuída, independentemente de quem esteja a prestar os serviços.*

Entendemos que o recebimento de recursos públicos não é elemento essencial para auferir o limite da responsabilidade do Estado em caso de ocorrência de dano ou prejuízo causado a terceiro, pois as entidades que realizam atividades de interesse social podem optar por não os receber.

As entidades executam ditas atividades em regime de cooperação voluntária com o Estado, não agem em regime de delegação tradicional (prevista no artigo 175 da CF/88), cujos serviços são classificados como públicos (strito sensu) e o dever de prestação é exclusivamente estatal, mas sim, baseadas em nova concepção de delegação, compreendida como mecanismo de parceria e cooperação entre Estado e entidades privadas, onde o Estado está delegando uma atividade sua para que seja executada de forma complementar pela iniciativa privada, visando à prestação de um serviço público que, nessa hipótese, passará ao status de serviço de relevante interesse público, viabilizando, assim, a possibilidade de ampliação da capacidade do Estado de assegurar a efetiva fruição de um direito social.²⁸

Entretanto, as entidades prestadoras, ao complementarem a atuação estatal, ficarão sujeitas a regulação e fiscalização do Estado, bem como ao dever de observância aos princípios de direito público, tais como: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência*.²⁹

Luís Roberto Barroso,³⁰ sobre as novas formas de delegação de serviços públicos não exclusivos do Estado, em primoroso trabalho, manifestou-se da seguinte forma:

Na prestação indireta abrem-se duas possibilidades: pode o Estado constituir pessoas jurídicas públicas [...] ou privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas) e, mediante lei (CF, art. 37, XIX), *outorgar* a tais entes a prestação do serviço público [...] Ou pode, por outro lado, *delegar* a iniciativa privada, mediante contrato ou outro ato negocial, a prestação do serviço. Serve-se aí o Estado de figuras jurídicas como a concessão e a permissão. *Mais recentemente, têm sido concebidas diferentes formas de delegação. Identificadas genericamente como terceirização, que incluem espécies negociais como a franquias e o contrato de gestão, entre outros.* (grifos nossos)³¹

Necessário ainda ressaltar a especificidade ocorrida no caso das “organizações sociais”, ou seja, a criação do “Programa Nacional de Publicização”, tendo sido a ideia inicial de *extinção de algumas entidades*

²⁸ Cf. MODESTO. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas. In: SUNDFELD (Coord.). *Parcerias público-privadas*.

²⁹ Vejam-se os artigos 7º, da Lei nº 9.637/1998, e 4º, da Lei nº 9.790/1999.

³⁰ BARROSO. Agências reguladoras, Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=3209>>. Acesso em: 31 out. 2005.

³¹ A respeito do tema, consulte-se DI PIETRO. *Parcerias na administração pública*.

públicas e absorção de suas atividades pelas organizações sociais, passando o Estado, a partir daí, a fomentá-las e subsidiá-las.

Como já dissemos no caso de execução de atividades dirigidas a serviços de relevante interesse público (que se fossem prestados pelo Estado estariam classificados como serviço público), estas entidades o fazem em nome próprio, logo, na ocorrência de dano causado a terceiro, advindo da prestação do serviço, as entidades responderão pelo dano causado por seu agente ou representante, na modalidade *responsabilidade objetiva*, por analogia à hipótese prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal, pois independentemente da ocorrência de desclassificação dos *serviços de públicos* para *relevante interesse público*, por serem prestados por pessoa jurídica de direito privado, qualificadas como OS ou OSCIP, entendemos não ser este fator capaz de minimizar a importância que a tais serviços foi atribuída pela Carta Magna.

Em apertada análise, ao Estado caberá a responsabilização na modalidade *subsidiária*, ou seja, apenas se os bens da entidade não forem suficientes para adimplir a reparação ou indenização pelo dano causado a terceiro, pelos seguintes fundamentos: a execução de atividade dirigida a serviço de relevante interesse público quando feita por OS ou OSCIP não exclui o dever de sua execução pelo Estado, assim, a execução por estas entidades terá natureza complementar e não excludente; como já dissemos, a responsabilidade pública fundamenta-se em princípios de justiça social, notadamente *no princípio da justiça distributiva* que tende a evitar qualquer dano injustificado e não equitativamente repartido entre todos os administrados (*princípio da solidariedade social ou dos recursos sociais*).

Doutra parte, acreditamos, todavia, que o Estado deverá responder pela responsabilidade na modalidade *subsidiária* apenas no caso de o ato lesivo, sofrido pelo particular, ser advindo estritamente da prestação do serviço, que ao Estado foi atribuído o dever de prestar pela Constituição Federal, e, por questões de conveniência e oportunidade, resolveu autorizar sua prestação pela entidade privada, privilegiando a diminuição de prestação e uma maior regulação.

No que tange às relações decorrentes de contratação de pessoal, para adimplir a execução do objeto do instrumento de cooperação formalizado, estas deverão ser disciplinadas pelas regras de direito privado, não se estendendo ao Estado responsabilidade alguma.

No que concerne à possibilidade de atribuir *responsabilidade solidária* ao Estado, cumpre assinalar que a *responsabilidade solidária só é possível se advinda de lei ou prevista em contrato*, na aludida hipótese, inexistente norma legal atribuindo solidariedade ao Estado com os prestadores de *serviços públicos*, ou de *relevante interesse público*, com exceção do disposto nos artigos 9º, da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (Organização Social), e 12, da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), respectivamente, cujo teor reproduzimos:

“Artigo 9º. Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.”

“Artigo 12. Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.”

Em conclusão, entendemos que a responsabilização *solidária* do agente fiscalizador, prevista nos artigos 9º e 12, respectivamente, *deve ser considerada na modalidade objetiva*, pois trata-se de hipótese de *omissão específica*, ou seja, ao Estado foi atribuído o dever individualizado de agir, pois, constatada ilegalidade ou irregularidade, na utilização de recursos ou bens de origem pública, deverá o agente fiscalizador levar ao conhecimento da autoridade competente (Tribunal de Contas), assim, não o fazendo, estaria configurada hipótese de *omissão específica*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO. Agências reguladoras, Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=3209>>. Acesso em: 31 out. 2005.

CAHALI. Responsabilidade civil do estado, p. 355-378.

CASTRO. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*, p. 37.

CAVALIERI FILHO. *Programa de responsabilidade civil*, p. 255.

CRETELLA JÚNIOR. *O estado e a obrigação de indenizar*, p. 58.

DALLARI. Controle político das agências reguladoras. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 38, p. 16.

DAVID. *O direito inglês*, p. 88.

GANDINI; SALOMÃO. A responsabilidade civil do estado por conduta omissiva, *RTDP*, n. 38, p. 162.

GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, p. 354-356.

LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de direito civil*, p. 550-551, v. 8.

LOUREIRO FILHO. Evolução e fundamentos da responsabilidade pública no direito brasileiro. *RTDP*, n. 36, p. 209.

MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*, 3. ed., p. 25 e 397-398.

MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 561.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 15. ed., p. 871-872.

MODESTO. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas. In: SUNDFELD (Coord.). *Parcerias público-privadas*.

OLIVEIRA. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*, p. 153-154.

PAES. *Fundações e entidades de interesse social*. Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários.

PAGANO. *A saúde pública em face do Código de Defesa do Consumidor*, p. 24-25.