

ano 23 – n. 92 | abril/junho – 2023
Belo Horizonte | p. 1-260 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v23i92
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN impresso 1516-3210 ISSN digital 1984-4182
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Organizações sociais de saúde e responsabilização direta do Estado: perspectivas de diálogo a partir da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 842.846/SC (Tema 777)

Social health organizations and direct liability of the state: perspectives for dialogue based on the thesis established by the Brazilian Federal Supreme Court in extraordinary appeal n. 842.846/SC (Topic 777)

Ana Rita de Figueiredo Nery*

Escola Paulista da Magistratura (Brasil)
ananery@tjsp.jus.br

Recebido/Received: 25.10.2022 / 25 October 2022.

Aprovado/Approved: 02.06.2023 / 2 June 2023.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo discutir os impactos da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 842.846/SC, julgado em regime de repercussão geral (Tema 777), na compreensão do regime jurídico de responsabilização das Organizações Sociais de Saúde. Para chegar a esta finalidade, o texto é desenvolvido a partir de três objetivos específicos: a) apresentar as

Como citar este artigo/*How to cite this article:* NERY, Ana Rita de Figueiredo. Organizações sociais de saúde e responsabilização direta do Estado: perspectivas de diálogo a partir da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 842.846/SC (Tema 777). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 91-112, abr./jun. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i92.1707.

* Professora Assistente da Escola Paulista de Magistratura – EPM (São Paulo-SP, Brasil). Doutora em Direito do Estado (USP). Pós-Graduada em Direito da Administração Pública (UFF). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo.

bases do regime jurídico de responsabilização do Estado e a interpretação contemporânea do artigo 37, §6º da Constituição da República à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, b) destacar as premissas tradicionalmente estabelecidas para responsabilização das Organizações Sociais de Saúde, e c) trazer reflexões sobre as contribuições que a tese fixada sobre a responsabilidade dos tabeliães e registradores oficiais pode trazer para uma nova leitura da responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros por Organizações Sociais de Saúde. O método utilizado é o dialético, buscando tratar o tema pela tríade tese-antítese-síntese, com o fim de trazer, como resultado, uma crítica ao tratamento contemporâneo do tema da responsabilidade civil das Organizações Sociais de Saúde, lançando luz sobre a perspectiva de responsabilização direta do Estado.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Organizações Sociais de Saúde. Repercussão Geral. Serviço Público de Saúde.

Abstract: The present work aims to discuss the impacts of the thesis established by the Brazilian Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal n. 842,846/SC, judged in a general repercussion regime (Theme 777), in the understanding of the legal regime of accountability of Social Health Organizations. To reach this end, the text is developed from three specific objectives: a) to present the bases of the legal regime of State accountability and the contemporary interpretation of article 37 §6 of the Constitution of the Republic in the light of the jurisprudence of the Federal Supreme Court, b) highlight the premises traditionally established for the accountability of Social Health Organizations and c) bring reflections on the contributions that the established thesis on the responsibility of notaries and official registrars can bring to a new reading of the civil liability of the State for damages caused to third parties by Social Health Organizations. The method used is dialectical, seeking to address the issue by the triad thesis-antithesis-synthesis, in order to bring, as a result, a critique of the contemporary treatment of the issue of civil liability of Social Health Organizations, shedding light on the perspective of direct state accountability.

Keywords: Administrative law. State Civil Liability. Social Health Organizations. General Repercussion. Public Health Service.

Sumário: **1** Introdução – **2** O regime jurídico de responsabilização extracontratual do Estado – **3** Organizações Sociais de Saúde e o contrato de gestão – **4** Perspectivas de enquadramento das Organizações Sociais de Saúde no regime jurídico de responsabilização do Estado – **5** Tema 777 e a responsabilização direta do Estado pelos danos causados por delegatários de serviços extrajudiciais – **6** Responsabilidade civil das Organizações Sociais de Saúde e a responsabilização direta do Estado – **7** Conclusões – Referências

1 Introdução

A responsabilidade, para o senso comum, se identifica com o dever de alguém responder pelas ações próprias ou pelas dos outros. A responsabilidade é sempre o desdobramento de uma relação anterior, que a precede lógica e temporalmente, entre o causador da lesão (ou ente ao qual se imputa a conduta lesiva) e a vítima do infortúnio. Não é estranho ao conhecimento vulgar que a responsabilidade dos pais para com os filhos é distinta, por exemplo, da responsabilidade dos avós em relação à criança. A natureza do vínculo precedente orienta a invocação do regime de regimes jurídicos específicos e dita quem responde direta ou subsidiariamente pelos danos causados a terceiros.

No caso da responsabilidade civil do Estado, não é diferente: da mesma forma como as relações familiares, também as relações jurídicas de direito público orientam a interpretação dos institutos jurídicos que serão analisados quando

necessário aferir a responsabilidade civil extracontratual do Estado ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos. Note-se que aqui, além da relação jurídica entre o causador do dano e a vítima, em se tratando de uma pessoa jurídica de direito privado ligada à Administração Pública, também a natureza do vínculo dela com o Estado interferirá na atribuição de responsabilidade.

Pois bem. Entendida a importância das relações jurídicas para o estudo da responsabilidade civil, chega-se ao tema deste trabalho, em que se pretende compreender como o entendimento firmado no julgamento do RE 842.846/SC, julgado em regime de repercussão geral (Tema 777), pode trazer uma nova perspectiva para a leitura das tradicionais correntes que disputam a compreensão do regime jurídico de responsabilização das Organizações Sociais de Saúde. Será visto que o Supremo Tribunal Federal deu especial atenção às relações jurídicas travadas entre o Estado e os tabeliães e registradores oficiais pela perspectiva da proximidade entre as atividades delegadas e o núcleo elementar de funções cabíveis ao Estado, do controle exercido pela Administração Pública direta em relação a tais atividades e, por fim, à perspectiva do cidadão e da forma como o usuário dos serviços enxerga a prestação de determinadas atividades como expressão direta da função estatal.

A discussão acerca da matriz legislativa que orienta o regime jurídico de responsabilização das Organizações Sociais de Saúde ganha novos contornos. Não apenas a tese fixada para o Tema 777, mas todas as recentes teses¹ publicadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema da responsabilidade civil do Estado prestigiam a relação jurídico-administrativa que se estabelece entre o cidadão e o Estado, e a centralidade do dano para a reparação civil, deixando-se para eventuais ações de regresso a análise dos desdobramentos da conduta daquele parceiro privado que efetivamente causou o dano.

Para se estabelecer um paralelo entre o regime de responsabilização das Organizações Sociais de Saúde e aquele tratado pelo Supremo Tribunal Federal na análise do Tema 777, necessário entender como o regime jurídico de Responsabilidade Civil do Estado evoluiu nos últimos anos e, em especial, como tem se assentado a interpretação do artigo 37, §6º, da Constituição da República, pelo Supremo Tribunal Federal. Em um segundo momento, passa-se à análise da relação jurídico-administrativa entre o Estado e as Organizações Sociais de Saúde. Ainda, serão detalhados os fundamentos do Tema 777, em especial o regime de responsabilização que decorre das relações jurídicas de delegação do serviço notarial. Por fim, imprescindível verificar se todo o edifício erigido até aqui para explicar o regime de responsabilização civil das Organizações Sociais de Saúde se sustenta

¹ Citem-se, a esse respeito, as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal para os Temas 362, 365, 366, 512, 592 e 1050, por exemplo.

frente às contemporâneas linhas de interpretação, pelo Supremo Tribunal Federal, do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, e aos fundamentos trazidos na tese fixada para o Tema 777.

2 O regime jurídico de responsabilização extracontratual do Estado

Fosse possível resumir o resultado da evolução do tema da responsabilidade civil do Estado em duas frases poder-se-ia dizer: i) que o regime jurídico de responsabilização patrimonial do Estado por lesões extracontratuais foi constituído sobre bases normativas mais rígidas que o regime de responsabilização patrimonial dos particulares, e ii) que a responsabilidade extracontratual do Estado observou uma jornada de progressiva flexibilização dos institutos que outrora dificultavam ou mesmo impediam a condenação do Estado, em prol da valorização do interesse jurídico do lesado e da reparação do dano.

A primeira afirmação, relativa à rigidez do regime de responsabilização civil do Estado, se finca em duas constatações, ambas ligadas ao papel das regras constitucionais na enunciação do regime de responsabilização do Estado. A primeira constatação é de que o ordenamento jurídico brasileiro ostenta um regime constitucional de responsabilização por atos de funcionários públicos desde 1824. Desde a Constituição de 1824, passando pela Constituição de 1891, já se tinha enunciada textualmente a responsabilização de servidores públicos. Em 1934, a Constituição da República estabeleceu a solidariedade entre o agente público e o Estado e, enfim, em 1946, foi prevista a condenação direta da pessoa jurídica de direito público em razão dos atos lesivos praticados por agentes públicos. O artigo 105 da Constituição de 1967 repetiu a fórmula segundo a qual “as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros” e, finalmente, na Constituição de 1988, no artigo 37, §6º, incluiu-se a possibilidade de responsabilização direta das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Mesmo nos momentos em que as lesões causadas a terceiros por agentes públicos, em especial no início do século XX, se submetiam ao regime civilista, vê-se que toda a construção do regime de responsabilização extracontratual do Estado dos agentes públicos tinha base constitucional e, por consequência, um regime jurídico rígido, que não poderia ser sobreposto por regras infraconstitucionais.

A segunda constatação é de que, ao lado do regime constitucional de responsabilização do Estado, o ordenamento jurídico brasileiro se vale de um regime jurídico constitucional de pagamento das dívidas judiciais do Estado, através da sistemática dos precatórios. Por consequência, a expectativa de solvência da entidade devedora, condenada a pagar indenização em razão da lesão extracontratual

causada, é atendida, em última análise, a partir de mecanismos de intervenção, recuperação fiscal e responsabilização subsidiária de órgãos concedentes. Ainda que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público não estejam diretamente submetidas a esse regime de pagamento de suas dívidas judiciais, pela perspectiva da pessoa lesada, não havendo patrimônio, para adimplemento do débito por parte da concessionária de serviço público, o Estado poderá ser provocado a responder subsidiariamente.

Tanto a disciplina de condenação do Estado quanto a disciplina de pagamento desses valores sempre estiveram estruturadas no texto constitucional, o que, ao longo da evolução do Direito Administrativo se apresentou um pórtico favorável à evolução gradual dos institutos que orbitavam o conceito de responsabilidade civil do Estado, bem assim como um suporte capaz de garantir, ainda que em prazos alongados, o efetivo ressarcimento do dano para a parte prejudicada, nos exatos termos do título judicial formado.

A segunda fotografia feita do resultado de evolução do tema da responsabilização civil do Estado trata da jornada de progressiva flexibilização dos institutos que outrora dificultavam a condenação do Estado. Aqui pode-se falar em outras duas constatações. A primeira diz respeito à evolução de um regime de irresponsabilidade por parte da pessoa jurídica de direito público para um regime de risco administrativo, em que prepondera o regime de responsabilidade objetiva do Estado, havendo ainda algumas hipóteses em que se reconhece a responsabilização do Estado com base na teoria do risco integral.²

De fato, diversas teorias se sucederam ao longo da história até que se pudesse, contemporaneamente, alcançar o patrimônio da pessoa jurídica de direito público em caso de condenação. Basta dizer que na Constituição de 1824 previa o artigo 99 que a pessoa do Imperador era inviolável e sagrada; que ele não estava sujeito a responsabilidade alguma. A Constituição de 1891 dava tratamento semelhante à ideia de responsabilização do Estado, até que em 1934 a Constituição da República estabeleceu a solidariedade entre o agente público e o Estado e, enfim,

² Veja-se a esse respeito: “Em relação aos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, §3º, da CF) e legal (art.14, §1º, da Lei 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável (STJ - EDcl no REsp 1.346.430-PR, Quarta Turma, DJe 14/2/2013)”. Além dos danos ambientais, sustenta-se que há risco integral no caso de lesões decorrentes de acidentes nucleares (art. 21, XXIII, *d*, da Constituição Federal), disciplinados pela Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977 e também “na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis nºs 10.309, de 22.11.01 e 10.744, de 9.10.03” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 818). No caso de acidentes nucleares, diverge doutrina minoritária sustentando que a Lei nº 6.453/1977 teria sido recepcionada pela Constituição da República também no ponto em que prevê excludentes de responsabilidade (artigo 8º), o que levaria à conclusão de que se trata de responsabilidade por risco administrativo e não por risco integral.

em 1946, previu a condenação direta da pessoa jurídica de direito público, com fundamento na ideia de risco administrativo. Entende-se, atualmente, que o Estado, na medida em que provê serviços e utilidades públicas à sociedade, cria riscos e assume responsabilidades em razão da atividade administrativa desempenhada. Por consequência, dispensa-se a exigência de demonstração de um desvio do serviço ou da falta desse serviço, favorecendo-se a posição processual da parte lesada que aciona o Estado.³

A segunda constatação é de que houve progressiva colocação do Estado na posição de anteparo do pleito de responsabilização movido pela pessoa lesada. Ao longo do tempo e, em especial, por força o Tema 940 do Supremo Tribunal Federal, o agente público causador do dano passou de único responsável a parte ilegítima nas ações de responsabilização do Estado. Na célebre expressão do Ministro Carlos Ayres Britto,⁴ alcançou-se um regime de “dupla garantia”. Há uma “dupla garantia” na medida em que, de um lado, preserva-se o agente público (que sofrerá os efeitos da ação de regresso apenas se tiver agido com culpa ou dolo) e, de outro, facilita-se a posição processual da parte ofendida.

As enunciações acima trazidas ecoam na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que em diversos temas tem repisado a prevalência do regime constitucional enunciado no artigo 37, §6º da Constituição da República em relação a regimes jurídicos infraconstitucionais e, finalmente, favorecendo a posição processual do cidadão que age contra o Estado, seja afastando a necessidade de demonstração de culpa, por condutas comissivas ou omissivas, seja colocando o Estado no *front* da responsabilização, deixando para a ação própria discussões acerca dos limites de responsabilização do parceiro privado perante o Estado. Como decorrências desse processo, tem-se a valorização do interesse jurídico do lesado tanto pela ótica do direito processual quanto pela perspectiva do direito material, e a colocação do dano como elemento central da responsabilidade civil do Estado.⁵

³ Não se olvida, aqui, de que grande parcela da doutrina sustenta que no caso de responsabilização civil do Estado por atos omissivos se estaria diante de responsabilidade subjetiva e não objetiva do Estado. Isso porque, no caso de omissão, a responsabilização do Estado teria por fundamento a culpa administrativa – a falha na prestação do serviço – e não a assunção do risco pelo desempenho de determinadas atividades. Não se tratando, contudo, de discussão que impacte as conclusões deste texto, limito-me apenas a destacar que, sem prejuízo de citada doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nas decisões mais recentes, tem dispensado a prova de culpa, limitando-se a exigir, do ponto de vista da conduta, que seja demonstrada a violação a um dever específico. A esse respeito os Temas 592 e 366, analisados pelo Supremo Tribunal Federal pela sistemática da repercussão geral.

⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, RE nº 327.904/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, publ. 8 de setembro de 2016.

⁵ A colocação do dano como elemento central da Responsabilidade Civil é fenômeno da jurisprudência tratado por diversos autores do Direito Privado. Sobre o tema, seja permitido remeter a SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, e a TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade Civil Objetiva: da fragmentariedade à reconstrução sistemática*. São Paulo: Foco, 2022.

3 Organizações Sociais de Saúde e os contratos de gestão

Juridicamente, as Organizações Sociais de Saúde são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, assim qualificadas para, mediante dotação orçamentária do Estado, prestarem serviços de saúde em âmbito federal, estadual e municipal. Em tese, o Estado, incumbido da entrega à coletividade, ainda que em caráter não exclusivo, de um sistema de saúde universal, identifica discricionariamente pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como organizações sociais de saúde nos moldes da Lei nº 9.637/1998 e com ela celebra contrato de gestão, através do qual a execução do serviço de saúde passa a seguir, em dada localidade, a cargo da Organização Social de Saúde, cabendo sua gestão contínua ao órgão gestor.

São requisitos específicos para que as entidades privadas se habilitem como organização social de saúde, por exemplo, a finalidade não lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades, e a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade. Exige-se ainda a aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.⁶

Muito se fala que a intencionalidade por trás da criação das Organizações Sociais de Saúde nunca foi a de permitir a transferência total da execução dos serviços de saúde para particulares. Estimava-se que o modelo seria aplicado para garantia da universalização da saúde, em caráter suplementar, nas franjas dos limites de alcance, pelo Estado, da população nacional. Nesse sentido, o Congresso Nacional editou a Lei nº 8.080/90 que, nos artigos 4º, 8º, e 24 deixa claro o caráter complementar da participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde. Também nesse sentido o Supremo Tribunal Federal reconheceu, na Reclamação nº 15.733/RJ, a inconstitucionalidade da substituição integral dos serviços de execução direta pelo modelo gerencial da Lei nº 9.637/1998, vez que só é admissível a natureza complementar da participação da iniciativa privada nas ações e serviços de saúde.

⁶ As primeiras Organizações Sociais de Saúde foram criadas no estado de São Paulo, laboratório de implantação da experiência. Ainda hoje, o estado de São Paulo é o que possui o maior número de organizações sociais registradas em relação a todos os outros estados brasileiros. Entre as 10 (dez) maiores Organizações Sociais de Saúde em arrecadação de recursos públicos, 8 (oito) estão em São Paulo, a exemplo da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM) e o Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo – Seconci. Os dados são trazidos em SODRÉ, Francis; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Organizações Sociais e privatização da saúde: discricionariedade dos contratos de gestão com o terceiro setor. *In*: SODRÉ, Francis; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BAHIA, Ligia (Org.). *Organizações Sociais: agenda política e os custos para o setor público da saúde*. São Paulo: Hucitec, 2018, p. 45.

Na prática, contudo, viu-se, paulatinamente, a substituição dos modelos de execução direta por modelos de execução por Organizações Sociais. Em diversas localidades do estado de São Paulo, por exemplo, o serviço de referência do Sistema Único de Saúde é prestado integralmente por Organizações Sociais de Saúde. Citem-se, na grande São Paulo, os municípios de Cajamar, Carapicuíba, Ferraz de Vasconcelos, Francisco Morato e Franco da Rocha, cujos serviços públicos de saúde são executados pela Organização Social de Saúde CEJAM – Centro de Estudos e Pesquisas “Dr. João Amorim”. Apenas a Organização Social de Saúde Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo – Seconci/SP, é responsável pela gestão de seis hospitais públicos do Estado, entre eles o Hospital Geral de Itapeverica da Serra e o Hospital Estadual de Sapopemba, além de 6 (seis) ambulatórios Médicos de Especialidades (AMEs), da Casa do Adolescente, do Serviço Estadual de Diagnóstico por Imagem (SEDI II) e do Centro Estadual de Armazenamento e Distribuição de Insumos de Saúde (Ceadis). Aos olhos do cidadão que acessa o “hospital público” ou o “ambulatório médico de especialidades” dessas localidades, o que se tem é o Estado diretamente cumprindo suas obrigações prestacionais determinadas pela Constituição da República.

Um elemento essencial para compreensão do modelo de responsabilização das Organizações Sociais de Saúde é o contrato de gestão. Trata-se da ferramenta norteadora da implementação do modelo de administração dos serviços de saúde executados pelas Organizações Sociais de Saúde. O contrato de gestão é previsto pela Lei nº 9.637/1998 e consiste no instrumento celebrado entre o poder público e as organizações sociais, projetado para garantir a prestação dos serviços públicos de caráter social, nas áreas de educação, ciência e tecnologia, proteção e preservação do meio ambiente e saúde. Muito embora, portanto, a qualificação de Organização Social de Saúde seja atribuída a pessoa jurídica de direito privado, o regime jurídico do contrato de gestão é de direito público.

O contrato de gestão pressupõe uma combinação entre a transferência e alocação de recursos entre a pessoa jurídica de direito privado e o Estado. A carga da Organização Social de Saúde estão sempre a organização do processo de trabalho e a formulação de estratégias de administração do serviço. Nos contratos de gestão a Administração Pública pode se valer dos mesmos poderes exorbitantes que lhe são reconhecidos nos contratos administrativos, que se somam às cláusulas relativas ao controle de resultados e de metas de trabalho estabelecidas em cada contratação. No caso de descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, a entidade qualificada como organização social poderá ser desqualificada, após processo administrativo, com a responsabilização de seus dirigentes pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

Do ponto de vista da responsabilização civil do Estado, observa-se que o contrato de gestão, desde a sua origem, não remete à concessão de serviço público,

mas à opção por uma forma diferenciada de gestão de um serviço que é organizado pelo próprio Estado, ainda que executado por particulares. Segundo Hely Lopes Meirelles, por essa proximidade com a Administração Pública Direta, poderiam ser intitulados “acordos operacionais”.⁷ Os contratos de gestão, portanto, materializam, por suas metas e objetivos, a estreita vinculação das Organizações Sociais de Saúde com a Administração Pública direta, e o alinhamento dos serviços a elas confiados à agenda do Sistema Único de Saúde.

4 Perspectivas de enquadramento das Organizações Sociais de Saúde no regime jurídico de responsabilização do Estado

O tema do regime jurídico de responsabilização das entidades do terceiro setor não é novo. Vira e mexe, a doutrina especializada se debruça sobre a legislação infraconstitucional para tentar apurar o regime aplicável cada vez que os serviços de relevância social executados ou geridos pelo terceiro setor causam danos a terceiros. O tratamento da responsabilização civil de entidades do terceiro setor opõe três correntes principais.

A primeira delas afasta por completo a possibilidade de responsabilização civil do Estado pela má prestação dos serviços geridos pelo modelo de organização social o que, em muito, decorre de uma concepção clássica da relação entre o Estado e as entidades privadas que são beneficiadas por ações de fomento.⁸ Grosso modo, na medida em que a relação entre o Estado e as Organizações Sociais é de fomento, conforme trazido na decisão da ADI nº 1.923 do Supremo Tribunal Federal, e como nas relações de fomento o papel do Estado é de mero incentivador da iniciativa privada, não há responsabilização civil do Estado por conduta das entidades fomentadas. Aplicar-se-ia a todo terceiro setor, assim, em geral o regime jurídico de direito privado.⁹

Uma segunda corrente sustenta que a responsabilidade das entidades do terceiro setor deve seguir o regime jurídico de direito público, previsto no artigo 37, §6º da Constituição da República. E isso porque essas entidades possuem vínculos jurídicos com o Estado, substituindo-o na execução de diversas atividades.¹⁰ As entidades do terceiro setor, portanto, responderiam direta e objetivamente perante terceiros, tal qual as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 224.

⁸ É o caso de Organizações Sociais que atuam nos setores da cultura e do entretenimento.

⁹ Nesse sentido: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em debate*. 2. série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 201-203. Veja-se, a esse respeito: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, p. 204-205.

¹⁰ A esse respeito: FORTINI, Cristiana. Organizações Sociais: Natureza Jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. Belo Horizonte: *Revista Izabela Hendrix*, v. 4, n. 4, 2004.

Uma terceira corrente sustenta não haver um regime jurídico único que abrigue todas as entidades do terceiro setor. Assim, em alguns casos, em razão do caráter eminentemente social e porque qualificadas como serviços públicos, haveria responsabilidade direta e objetiva da pessoa jurídica de direito privado, com base no artigo 37, §6º da Constituição da República, e, em outros casos, por exercerem uma parceria desinteressada, se submeteriam ao regime jurídico de direito privado (CC, art. 927).¹¹

Fechada a lente para a disciplina das Organizações Sociais de Saúde, há a peculiaridade de se tratar, a saúde, de um serviço público prestado em caráter não exclusivo. Longe de ser uma atividade meramente incentivada pelo Estado, trata-se de um serviço público essencial e de prestação universal. Exatamente por isso, o debate sempre pendeu entre duas correntes: a primeira a sustentar a aplicação do regime jurídico de direito privado e outra a sustentar a incidência do regime jurídico de direito público, fundado no artigo 37, §6º da Constituição da República, nos mesmos termos aplicados às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.¹² A primeira corrente,¹³ portanto, coloca as Organizações Sociais de Saúde no mesmo degrau que todas as demais entidades do terceiro setor, ou seja: na posição de entidades privadas que prestam serviços de interesse coletivo de maneira desinteressada; serviços que são abertos à iniciativa privada na medida em que não há exclusividade do Estado. Ademais, o fazem em caráter privado e com autonomia em relação ao poder público. Quando há danos, não foi o Estado quem agiu, pelo que não pode ser responsabilizado, “ainda que tenha concedido auxílio financeiro de forma direta ou indireta”.¹⁴ Nessa linha, não seria cabível sequer a responsabilização subsidiária do Estado, na medida em que a relação entre o Estado e as Organizações Sociais de Saúde é exclusivamente de fomento.

A segunda corrente é integrada tanto por aqueles que consideram que toda entidade do terceiro setor deve responder a partir do regime jurídico de direito público, com base no artigo 37, §6º da Constituição da República, como por aqueles que identificam as Organizações Sociais de Saúde como entidades diferenciadas do terceiro setor, e que devem responder pelo regime jurídico de direito público

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 643 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 494.

¹² Texto de referência sobre o debate, consinta-se remeter o leitor a: ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilidade do Estado frente aos danos causados pelas Organizações Sociais. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

¹³ Nesse sentido: HIGA, Alberto Shiji. *Terceiro Setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 231 e seguintes.

¹⁴ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilidade do Estado frente aos Danos Causados pelas Organizações Sociais. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 848-858.

por prestarem serviço público, diferenciando-se das atividades que são apenas fomentadas pelo Estado. Em qualquer dos casos, o resultado é o mesmo: responsabilidade objetiva e direta da pessoa jurídica de direito privado qualificada como Organização Social de Saúde pelos danos causados a terceiros.¹⁵

Pois bem. O debate que, em relação às Organizações Sociais de Saúde, oscilava entre a admissão do regime jurídico de direito público ou do regime jurídico de direito privado, não considerava a possibilidade de responsabilização direta do Estado. A partir de qualquer uma das correntes debatidas, caberia à parte lesada promover ação direta contra a pessoa jurídica de direito privado qualificada como Organização Social de Saúde, admitida a inclusão do Estado no polo passivo da demanda única e exclusivamente para fins de eventual responsabilização subsidiária. E isso porque, mesmo para aqueles que defendiam a aplicação do regime jurídico de direito público, posição, a propósito, prevalente na jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça,¹⁶ as Organizações Sociais de Saúde responderiam diretamente, tal como as demais pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Tal debate, que parecia adormecido, ganha novos contornos em razão de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, em especial o Tema 777, a ponto de não se poder mais descartar uma terceira enunciação segundo a qual o Estado responderia diretamente pelos

¹⁵ Importante exame é feito por Carolina Zancaner Zockun com o fito de justificar, no ambiente dessa segunda corrente, a responsabilização da pessoa jurídica de direito privado qualificada como Organização Social de Saúde com base no artigo 37, §6º da Constituição Federal. Com efeito, a partir de uma leitura rasa, tem-se que o artigo 37, §6º da Constituição da República apenas alcançaria pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, ou seja: apenas entidades privadas que receberam a gestão e execução do serviço público por delegação ou concessão do Estado, mediante lei ou contrato, e em relação a serviços exclusivamente atribuídos ao Estado. E, como se sabe, os serviços prestados pelas Organizações Sociais de Saúde são abertos à livre iniciativa. Difere-se, nessa medida, da atividade de prestação de serviços como o transporte coletivo ou a distribuição de energia elétrica. Para Carolina Zancaner Zockun, contudo, haveria uma razão para o enquadramento das Organizações Sociais de Saúde na segunda hipótese do artigo 37, §6º da Constituição Federal, e isso seria tributário dos princípios basilares da hermenêutica. A figura das Organizações Sociais de Saúde não era imaginada à época da edição da Constituição Federal. Uma vez que a situação fática não era conhecida à época da criação da regra do artigo 37, §6º da Constituição Federal, deve o intérprete buscar, no espírito da lei, o melhor enquadramento para essas novas figuras jurídicas. Para Carolina Zockun, contudo, a responsabilização direta das Organizações Sociais de Saúde com base no artigo 37, §6º, não afastaria a possibilidade de se alcançar o patrimônio do Estado, em caráter subsidiário. Isso porque o Estado não pode ser beneficiado pela transferência da execução do serviço para uma Organização Social de Saúde. A autora, contudo, não admite a hipótese de solidariedade, mas apenas de subsidiariedade, na esteira do que se dá em caso de insolvência das prestadoras de serviços públicos (ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilidade do Estado frente aos Danos Causados pelas Organizações Sociais. *Irr. GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Org.)*. *Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 848-858).

¹⁶ No Superior Tribunal de Justiça, colhem-se as seguintes decisões no sentido da aplicação do regime jurídico de direito público (CF, art. 37, §6º) para responsabilização das Organizações Sociais de Saúde: STJ, REsp nº 717800/RS, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, *DJe* 30/06/2008; STJ, AREsp nº 1.251.244, Rel. Min. Assusete Magalhães, *DJe* de 17/04/2018; STJ, AREsp nº 928.208, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 16/06/2016.

atos lesivos praticados pelas Organizações Sociais de Saúde, assegurado o direito de regresso contra a pessoa jurídica de direito privado, com base no contrato de gestão. É o que se passa a analisar.

5 Tema 777 e a responsabilização direta do Estado pelos danos causados por delegatários de serviços extrajudiciais

A repercussão geral constitucional reconhecida no julgamento do RE nº 842.846/SC assentou a tese de que o Estado responde direta e objetivamente pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa.

O caso concreto que ilustra a tese firmada diz respeito a uma ação de rito ordinário ajuizada por Sebastião Vargas visando à condenação do Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização por danos materiais. Narra-se que, em decorrência de suposto erro efetuado pelo Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca de São Carlos – SC, na elaboração da certidão de óbito de sua esposa, o autor teria sido impedido de obter benefício previdenciário junto ao Instituto Nacional do Seguro Social.

O pedido foi julgado procedente para condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização pelos danos materiais experimentados pelo autor no valor de um salário mínimo mensal entre o período compreendido entre 26 de julho de 2003 e 21 de junho de 2006, acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês e corrigido monetariamente. O Estado de Santa Catarina interpôs recurso de apelação e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao desprover o recurso, atribuiu ao Estado a responsabilidade objetiva direta, e não subsidiária, por atos praticados por tabeliães e registradores, por força do art. 37, §6º da Constituição da República. Entendeu-se que o Estado, na condição de delegante dos serviços notariais, responde objetivamente pela reparação dos danos que os tabeliães e registradores vierem a causar a terceiros em razão do exercício de suas funções.

Nas razões do recurso extraordinário, o Estado de Santa Catarina sustenta que a relação jurídica de delegação dos serviços notariais a pessoas físicas enquadraria as condutas de tabeliães e oficiais de registro na parte final do artigo 37, §6º da Constituição da República, ou seja: em um regime de responsabilização semelhante ao de concessionários de serviços públicos. Não caberia ao Estado responder civilmente pelos atos daqueles delegatários, senão, quando muito, em caráter subsidiário, na hipótese de o patrimônio do causador do dano se apresentar insuficiente para pagamento da indenização. Isso porque tais pessoas não

possuem, com o Estado, a mesma relação dos agentes públicos: são particulares delegatários de serviço público prestado em regime de direito privado.

No Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 842.846/SC (Tema 777) foi submetido ao regime da repercussão geral e, em 27 de fevereiro de 2019, foi julgado. Do voto do relator Ministro Luiz Fux se extraem três argumentos que, somados, justificaram o reconhecimento da responsabilidade direta do Estado no caso de atos lesivos causados por tabelião ou registrador oficial, fundaram a tese para o Tema 777 e trouxeram perspectivas interpretativas para o artigo 37, §6º da Constituição da República que podem ser aproveitadas para outras situações jurídicas, a exemplo dos casos de responsabilização do Estado por fatos imputados às Organizações Sociais de Saúde.

O primeiro argumento diz respeito à posição jurídica dos delegatários, que mais se aproximariam da figura do particular em colaboração e, portanto, dos agentes públicos em geral, que dos concessionários de serviços públicos. Com efeito, ao discorrer sobre a relação que se estabelece entre os delegatários dos serviços notariais e o Estado, afirma-se que os delegatários são *particulares em colaboração* com o poder público, que detêm o poder-dever de conferir autenticidade e fé pública às declarações de vontade. Conclui-se que as atividades que são próprias do Estado, ainda que desempenhadas por tabeliães e registradores oficiais em caráter particular por meio da delegação, não se confundem com as atividades concedidas por permitidas (CF, art. 175). A relação jurídica no caso analisado é muito mais próxima daquelas havidas entre o Estado e os agentes públicos que entre o Estado e os concessionários ou permissionários, a justificar a responsabilização direta do Estado nos casos de lesões provocadas pelos delegatários.

O segundo argumento diz respeito à função eminentemente pública dos serviços notariais, isto é: aos olhos do cidadão o serviço notarial tem natureza estatal. As serventias extrajudiciais se compõem de um feixe de competências públicas que, embora exercidas em regime de delegação a pessoa privada, fazem de tais serventias uma instância de formalização de atos de criação, preservação, modificação, transformação e extinção de direitos e obrigações. Para tanto, esse feixe de competências públicas investe as serventias extrajudiciais em parcela do poder estatal.

Por fim, como terceiro argumento, indica-se que, muito embora exercido/administrado em caráter privado, em razão de delegação constitucionalmente prescrita para tais atividades (CF, art. 236) a posição jurídica singular do Estado traz consigo o *munus* da responsabilização civil pelos atos que decorrem do exercício da função pública. Tal argumento pode ser desdobrado em dois outros. De um lado, os atos notariais desses agentes estão sujeitos à fiscalização pelo ente estatal. De outro, as atividades notariais e de registro são remuneradas mediante a

percepção de emolumentos, cuja natureza jurídica é de taxa, consignado que tabeliães e registradores oficiais são agentes públicos, que exercem suas atividades *in nomine* do Estado.

Em resumo, portanto, a responsabilização direta do Estado, com base na primeira parte do artigo 37, §6º da Constituição da República, se justificaria: i) porque a relação jurídica entre tabeliães e registradores oficiais mais se aproxima da relação dos agentes públicos com o Estado, da espécie *particulares em colaboração*; ii) porque, aos olhos do cidadão, os serviços notariais são expressão da função pública e do poder estatal; e iii) porque, do ponto de vista do Estado, ele cabe o *múnus* de garantir o bom funcionamento da atividade, por se tratar de uma expressão do poder estatal, a ele cabe a responsabilização pelos prejuízos causados a particulares.

Importante dizer que diversas foram as linhas de divergência ao longo do julgamento. O Ministro Alexandre de Moraes, por exemplo, ponderou que o Supremo Tribunal Federal reiteradamente vem reconhecendo a atividade exercida pelos delegatários de serviços notariais como serviço público. O Ministro Marco Aurélio Mello votou no sentido de que tabeliães e registradores oficiais mais se aproximariam dos concessionários que dos agentes públicos em geral, pelo que deveriam responder diretamente, pelo regime jurídico previsto para as pessoas jurídicas de direito privado, cabendo ao Estado a responsabilização em caráter subsidiário.

Ao fim, os Ministros votaram no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, e, integralmente, o Ministro Marco Aurélio. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa”, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Vê-se que, por fundamentos jurídicos distintos, e sem se afastar eventual solidariedade entre delegatários e o Estado, prevaleceu a responsabilização civil direta do Estado nos casos de prejuízos causados por tabeliães e registradores oficiais. Importante destacar que a relação jurídica de delegação e a autonomia de que gozam os serviços notariais não foram barreiras ao reconhecimento da responsabilidade direta do Estado. Pelo contrário, a relação jurídica entre o Estado e os delegatários foi tomada pela ótica da posição jurídico-subjetiva do usuário dos serviços delegados, tendo-se em conta a centralidade do dever de reparação do dano.

6 Responsabilidade civil das Organizações Sociais de Saúde e a responsabilização direta do Estado

A partir da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal para o Tema 777, é possível pensar na responsabilização direta do Estado também nos casos de danos

causados por Organizações Sociais? Ponto a ponto, cumpre identificar as razões de decidir que orientaram o voto condutor de referida tese e verificar no que aproveitam à compreensão da relação jurídica estabelecida entre o Estado e as Organizações Sociais de Saúde e ao seu regime de responsabilização.

Retomadas as premissas do voto condutor da tese fixada para o Tema 777, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a responsabilização direta do Estado, com base na primeira parte do artigo 37, §6º da Constituição da República, se justificaria para os tabeliães e oficiais de registro: i) porque a relação jurídica entre tabeliães e oficiais do registro mais se aproxima à relação dos agentes públicos com o Estado, da espécie *particulares em colaboração*, submetidos à Administração Pública direta; ii) porque, aos olhos do cidadão, os serviços notariais são expressão da função pública e do poder estatal; e iii) porque, do ponto de vista do Estado, se a ele cabe o múnus de garantir o bom funcionamento da atividade a ele também caberia a responsabilização pelos prejuízos causados a particulares em razão do risco criado. A partir daqui, avaliam-se quais perspectivas cada um desses fundamentos traz para o debate acerca da responsabilidade das Organizações Sociais de Saúde.

Em relação ao primeiro fundamento, que aproximou os tabeliães e oficiais dos *particulares em colaboração* submetidos à Administração Pública direta, ele traz ao debate a ideia de que as relações jurídicas que espelhem, por sua proximidade com o poder público, relações típicas de agentes e órgãos públicos, justificam a responsabilização direta do Estado. Por tal fundamento, ainda que não se esteja propriamente diante de um agente público ou de um órgão da Administração Pública direta, o regime de colaboração que faz as vezes da Administração Pública direta, por expressar a autoridade do Estado e por seu grande conteúdo publicístico, legitima a responsabilização direta do Estado, ainda que a atividade seja organizada em caráter particular.

Voltando os olhos para as Organizações Sociais da Saúde, muito embora não se trate de um vínculo com pessoa física, é inegável que está na sua origem jurídica e na sua matriz normativa o objetivo de colaboração efetiva com a Administração Pública direta, como um braço operacional de serviços acometidos ao Estado. O vínculo jurídico estabelecido pelo contrato de gestão garante enorme submissão da Organização Social de Saúde aos estatutos publicísticos de organização dos serviços de saúde em geral. E isso porque, diferentemente do que acontece com outras organizações sociais que são fomentadas pelo Estado, as Organizações Sociais de Saúde participam diretamente do desenho das políticas públicas de saúde: estão diretamente inseridas na cadeia de organização do serviço público de saúde e atuam ombreadas a outros órgãos da Administração Pública direta, a exemplo das Secretarias de Saúde.

O segundo fundamento reforça a conclusão acima. Segundo o Supremo Tribunal Federal, seria cabível a responsabilização direta do Estado pelos danos causados

pelo tabelião ou pelo registrador oficial porque, aos olhos do cidadão, os serviços notariais são expressão da função pública e do poder estatal. Sublinha-se aqui a importância dada pelo Supremo Tribunal Federal ao que aparenta ser público ou seja: à experiência do administrado em relação ao que se reconhece ou não como manifestação das atividades acometidas ao Estado.

A esse respeito, viu-se que o Estado, incumbido de entregar à coletividade, ainda que em caráter não exclusivo, um sistema de saúde universal, por vezes organiza a sua Administração Pública direta para se valer de Organizações Sociais de Saúde que atuem, mediante dotação orçamentária do Estado, na prestação dos serviços de saúde em âmbito federal, estadual e municipal. Aos olhos do cidadão, portanto, que acessa unidades e equipamentos de saúde pública, o serviço é prestado pelo Estado, ainda que seja gerido por uma Organização Social de Saúde.

Note-se, a esse respeito, que, pela perspectiva do cidadão, não se trata de um sistema “dupla porta”, que se traduz pela possibilidade de atendimento, nos hospitais públicos, também de pessoas que possuem planos ou seguro-saúde. Tampouco se está a falar de um ambiente de concorrência entre serviços público e privado, ou de sobreposição de estruturas de saúde; onde se localizam, por exemplo, hospitais públicos do Estado geridos por Organizações Sociais de Saúde dificilmente haverá a disponibilidade de outro aparelho, com serviços de mesma complexidade, e integralmente gerido pela Administração Pública direta.

Na medida em que o Supremo Tribunal Federal incorpora à dinâmica de análise da aplicação do artigo 37, §6º da Constituição da República a perspectiva do cidadão, lançam-se luzes para um certo mimetismo, pela experiência do usuário, entre as diferentes formas de gestão desses serviços. Ainda que a análise exclusiva dos regimes jurídicos infraconstitucionais de prestação dos serviços públicos de saúde nos remeta a intensas diferenças entre as modelagens do contrato de gestão e da prestação direta, esta fundada no regime estatutário e publicístico, a perspectiva constitucional prestigiaria o papel do Estado na organização do serviço executado pela Organização Social da Saúde, a posição jurídico-subjetiva da pessoa lesada e a reparação do dano. Como consequência, evita-se, por exemplo que pessoas na mesma posição jurídica (usuários do serviço público de saúde) tenham tratamentos distintos: um submetido a um regime de responsabilidade objetiva ou subjetiva da Organização Social de Saúde, com alcance do patrimônio do Estado apenas em caráter subsidiário, e outro submetido à responsabilização direta do Estado, com a proteção de um regime constitucional de pagamento dos seus débitos.

O terceiro fundamento arremata o raciocínio acima: se a posição do Estado na fiscalização da atividade delegada e na garantia do bom funcionamento de um serviço que é expressão do poder estatal justifica a responsabilização direta do Estado pelos prejuízos causados por tabeliães e registradores oficiais, igual raciocínio pode ser aplicado à posição do Estado em relação aos contratos de gestão. Como

visto, para as Organizações Sociais de Saúde, o contrato de gestão opera como um instrumento de controle e garantia da prestação efetiva dos serviços públicos de saúde. Muito embora, portanto, a qualificação de Organização Social de Saúde seja atribuída a pessoa jurídica de direito privado, o regime jurídico do contrato de gestão é de direito público.

O fato de os tabeliães e registradores ingressarem na atividade delegada mediante concurso público não altera a conclusão acima uma vez que a *ratio decidendi* exposta pelo Supremo Tribunal Federal joga luzes na perspectiva do controle do serviço pelo Estado, e não propriamente na tipologia do vínculo entre o Estado e os tabeliães e registradores. Importa destacar que o vínculo jurídico estabelecido por credenciamento e que se materializa através do contrato de gestão cria uma fórmula de amplo controle, pelo Estado, do serviço gerido pelo poder público, cuja operação está a cargo de particulares.

Nesse sentido, destacam-se duas características do contrato de gestão que simbolizam essa proximidade entre Administração Pública direta e as Organizações Sociais de Saúde. Primeiramente, o contrato de gestão pressupõe uma combinação de transferência e alocação de recursos entre a pessoa jurídica de direito privado e o Estado. A carga das Organizações Sociais de Saúde estará apenas a organização do processo de trabalho e a formulação de estratégias de administração do serviço. Em segundo lugar, o contrato de gestão diz respeito a uma forma diferenciada de gestão de um serviço que já é organizado e, em grande medida, executado pelo próprio Estado. Não à toa também são chamados contratos de gestão compromissos e acordos assumidos entre órgãos, isto é, no âmbito da própria Administração Direta. Tais características, que credenciam o contrato de gestão a figurar muito mais próximo ao núcleo de atividades acometidas à Administração Pública que nas franjas interpretativas das atividades de interesse do Estado, repercutem no maior grau de interferência do Estado na atividade desenvolvida pelas Organizações Sociais de Saúde, e, por consequência, justificariam a direta repercussão, no patrimônio do Estado, das condenações decorrentes de danos causados a terceiros pela prestação de serviços de saúde por Organizações Sociais. Aliás, enquanto a delegação dos serviços notariais e de registro tende à perpetuidade, os contratos de gestão se submetem a prazos determinados e podem ser encerrados após curto período de execução, a critério da Administração Pública.

O resultado da análise acima, portanto, é no sentido de que as razões de decidir que levaram à conclusão, pelo Supremo Tribunal Federal, de que o Estado responde direta e objetivamente pelos danos causados pelos tabeliães e registradores oficiais também aproveitariam à análise dos danos causados pelas Organizações Sociais de Saúde. E isso porque, sem se analisar a perspectiva de responsabilização solidária, as relações jurídicas que delegatários dos serviços extrajudiciais e

as Organizações Sociais de Saúde estabelecem com o Estado se aproximam: i) em relação à perspectiva de colaboração com a Administração Pública direta; ii) quanto à aparência de execução direta, pelo Poder Executivo, de um serviço público essencial; e iii) por conta do vínculo de submissão de delegatários e Organizações Sociais de Saúde à Administração Pública direta. Ao fim e ao cabo, revela-se da decisão do Supremo Tribunal Federal que a tônica da disciplina orientada pelo artigo 37, §6º da Constituição da República é a reparação do dano e a proteção do cidadão e não, propriamente, a repartição de responsabilidades entre o Estado e seus parceiros, o que se lega para os regimes jurídicos definidos em legislação própria.

7 Conclusões

Estabelecidos os paralelos entre o regime de responsabilização das Organizações Sociais de Saúde e as conclusões do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade civil do Estado por atos de tabeliães e registradores oficiais (Tema 777), conclui-se que os fundamentos trazidos pelo voto do Ministro Relator Luiz Fux para enunciação da tese fixada para o Tema 777 se aplicam aos casos em que o Estado é instado a responder, direta e objetivamente, pelos danos causados a terceiros pelas Organizações Sociais de Saúde. Assim, sem se discutir eventual regime de solidariedade, da mesma forma como se reconhece que o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, o Estado também responderia direta e objetivamente pelos danos imputados às Organizações Sociais de Saúde.

Ao trazer para o debate da responsabilidade civil do Estado a análise de relações jurídicas que não são expressamente acobertadas pelo artigo 37, §6º da Constituição da República, e valorizar a responsabilização direta do Estado sempre que houver: i) uma perspectiva de colaboração com a Administração Pública direta; ii) aos olhos do cidadão, uma aparência de atuação autêntica do Estado; e iii) um vínculo de submissão à Administração Pública direta, abre-se espaço para que também as Organizações Sociais de Saúde sejam emolduradas pela tese fixada para o Tema 777.

A despeito de tradicionalmente se ter afastado a possibilidade de responsabilização direta do Estado pelos danos causados a terceiros por Organizações Sociais de Saúde (seja por submetê-las ao regime jurídico de direito público estabelecido na parte final do artigo 37, §6º da Constituição da República, seja, para outra corrente, por submetê-las ao regime jurídico de direito privado) não se pode descuidar que a atuação das Organizações Sociais de Saúde se dá em colaboração com a Administração Pública direta, e com submissão aos programas destinados à organização do serviço público de saúde igualmente determinados pela Administração Pública o que,

aos olhos do cidadão, se manifesta como autêntica atividade estatal de cumprimento do dever de prestação do serviço público de saúde, de caráter social e universal.

Poder-se-ia aventar que, inobstante as semelhanças acima reveladas, em verdade, se está a falar de vínculos jurídicos bastante distintos, isto é: de um lado, o vínculo legal da delegação. De outro, o vínculo negocial do contrato de gestão. Contudo, no que diz respeito à disciplina jurídica que versa a responsabilização dos tabeliães, registradores oficiais e das Organizações Sociais de Saúde, tem-se uma aproximação fundamental: tal como ocorre no caso das Organizações Sociais de Saúde, regidas pela Lei nº 9.637/1998, também se tem, no caso dos delegatários, regime jurídico próprio, orientado pela ideia de responsabilização subjetiva da pessoa do tabelião e do registrador, e que, portanto, não figurou como uma barreira para a incidência da responsabilização direta do Estado.¹⁷

As conclusões deste estudo, ademais, encontram-se alinhadas à jornada interpretativa acerca do artigo 37, §6º da Constituição da República, marcada pela valorização de um regime jurídico constitucional e rígido de responsabilização patrimonial do Estado por lesões extracontratuais e por um percurso de progressiva flexibilização dos institutos que outrora dificultavam ou impediam a condenação do Estado, em prol da valorização do interesse jurídico do lesado e da reparação do dano. As relações jurídicas subjacentes ao regime de responsabilização do Estado, por sua vez, não deixam de operar importante papel, notadamente em sede de ação de regresso. Contudo, tais relações, que são de índole infraconstitucional e se tornam cada vez mais complexas em razão dos múltiplos modelos de parcerias travadas entre o Estado e particulares, são postas como inoponíveis ao usuário de serviços públicos que, pela sua perspectiva, acessa um serviço público de saúde ou experimenta a expressão da função estatal a partir dos serviços de tabelionato e registro extrajudicial. Reconhece-se que o regime constitucional previsto no artigo 37, §6º, da Constituição da República, coloca em primeiro plano a relação entre o Estado e a parte lesada. As leis especiais que eventualmente se dedicam a regulamentar regimes jurídicos entre o Estado e seus parceiros, quando muito, se prestam a estabelecer os limites da responsabilização do particular perante o Estado em eventual ação de regresso.

Por fim, cumpre assinalar que as conclusões deste estudo trazem alguns desdobramentos relevantes para o sistema de prestação de serviços de saúde por Organizações Sociais de Saúde. O primeiro deles, já trazido, diz respeito à garantia de isonomia entre os usuários do sistema público de saúde. Essa isonomia se manifesta no plano processual, no plano da satisfação do crédito e do acesso

¹⁷ O artigo 28 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) contém comando expresso quanto à responsabilidade subjetiva de oficiais de registro, bem como o art. 38 da Lei nº 9.492/97, que fixa a responsabilidade subjetiva dos Tabeliães de Protesto de Títulos por seus próprios atos e os de seus prepostos.

a ferramentas de solução pacífica dos conflitos. Primeiro, no plano processual, a responsabilização civil direta do Estado afasta discussões acerca da necessidade ou não de demonstração do elemento culposo para responsabilização das Organizações Sociais de Saúde, e reduz o ônus argumentativo da parte lesada acerca de eventual atuação negligente, imprudente ou imperita dos empregados da Organização Social de Saúde.

Segundo, do ponto de vista da satisfação do crédito, os cenários são muito distintos. Apesar de toda morosidade do regime de precatórios, o Estado tende a ser mais solvente que as pessoas jurídicas de direito privado e possui um sistema de garantia de pagamento de seus débitos previsto na Constituição da República. Afastando-se a possibilidade de aplicação da tese fixada no Tema 777 para os casos de lesões causadas por Organizações Sociais de Saúde, conseqüentemente, se coloca o usuário de serviços públicos de saúde organizados por meio de contratos de gestão em uma posição desfavorável e com menos chances de ver recomposto o seu patrimônio. Ainda que se reconheça que o Estado, no caso de insuficiência de recursos, responderia subsidiariamente, sabe-se que tal responsabilização apenas acontece se um título judicial é formado contra o próprio Estado e, ainda sim, se esgotadas as tentativas de satisfação da execução pela perseguição do patrimônio da obrigada principal. O caminho, portanto, é mais tortuoso e arriscado para a parte que litiga contra a Organização Social de Saúde que para a parte que busca a responsabilização direta do Estado.

Em terceiro lugar, há quebra de isonomia na medida em que pessoas jurídicas de direito privado que atuam como Organizações Sociais de Saúde se posicionam de forma distinta das pessoas jurídicas de direito público em relação aos métodos de solução pacífica dos conflitos. Tomado o exemplo do Estado de São Paulo, onde se concentra o maior número de Organizações Sociais de Saúde, aqueles que litigam contra o Estado de São Paulo em matéria de responsabilidade civil acessam um protocolo de facilitação de acordos, nos termos previstos nos artigos 65 a 71 da Lei estadual nº 10.177/98 e no Decreto estadual nº 44.422/99, inclusive com a possibilidade de recebimento facilitado do valor das indenizações acordadas. O recurso à consensualidade é um movimento relevante para a disciplina da responsabilidade civil do Estado e a cisão no tratamento de usuários de um mesmo serviço público de saúde pode criar cenários heterogêneos, por exemplo, quanto aos valores de indenização acordadas, aos tetos indenizatórios submetidos à composição e ao próprio acesso aos mecanismos processuais consensuais que, em última análise, são expressão do direito de ação.

Finalmente, o último desdobramento decorrente das conclusões deste estudo no sentido de que se aplica o regime de responsabilização direta do Estado no caso de lesões provocadas por Organizações Sociais de Saúde diz respeito aos impactos da responsabilização civil do Estado na melhoria dos serviços de saúde

e, em última análise, do contrato de gestão. Reconhecendo-se que a responsabilização civil do Estado assume funções para além daquela de recompor o prejuízo da pessoa lesada, a exemplo das funções punitiva e preventiva,¹⁸ é esperado que as condenações que se voltam contra o Estado produzam, em cadeia, reações de incentivo e desincentivo para o aperfeiçoamento dos serviços públicos. Em outros termos, toda vez que se condena o Estado a recompor prejuízos materiais ou morais sofridos pelos administrados, se deflagra – ou deveria ser deflagrada – uma engrenagem de ações internas na Administração Pública que vão desde a organização orçamentária para adimplemento da obrigação até a reorganização de posturas administrativas que se apresentaram falhas no caso concreto, passando pelo tratamento da função pública, pela capacitação de agentes públicos ou mesmo pela punição administrativa. Essa análise, de caráter comportamental, traz à evidência que a condenação direta do Estado por lesões imputáveis às Organizações Sociais de Saúde é um caminho mais efetivo e apropriado para se buscar a melhoria dos serviços de saúde, notadamente quando geridos pelo Estado e operados pelo terceiro setor. Permite-se, enfim, que as decisões judiciais relativas à responsabilidade civil do Estado repercutam de forma mais imediata no Poder Executivo, como faróis que sinalizam o que precisa ser modificado para que novas lesões a bens jurídicos sejam evitadas.

Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- FORTINI, Cristiana. Organizações Sociais: Natureza Jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos dados causados a terceiros. Belo Horizonte: *Revista Izabela Hendrix*, v. 4, n. 4, 2004.
- HIGA, Alberto Shiji. *Terceiro Setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.
- PIZZOL, Ricardo Dal. *Responsabilidade Civil: funções punitiva e preventiva*. São Paulo: Foco, 2020.
- PÜNCHEL, Flávia P. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, v 3, n. 2, p. 17-36, 2007.

¹⁸ Entre obras brasileiras que tratam das funções da responsabilidade civil podem ser citadas: PIZZOL, Ricardo Dal. *Responsabilidade Civil: funções punitiva e preventiva*. São Paulo: Foco, 2020; ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013; PÜNCHEL, Flávia P. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, v 3, n. 2, p 17-36, 2007; VAZ, Carolina. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SODRÉ, Francis; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Organizações Sociais e privatização da saúde: discricionariedade dos contratos de gestão com o terceiro setor. In: SODRÉ, Francis; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BAHIA, Ligia (Org.). *Organizações Sociais: agenda política e os custos para o setor público da saúde*. São Paulo: Hucitec, 2018.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em debate*. 2. série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade Civil Objetiva: da fragmentariedade à reconstrução sistemática*. São Paulo: Foco, 2022.

VAZ, Carolina. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilidade do Estado frente aos Danos Causados pelas Organizações Sociais. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Organizações sociais de saúde e responsabilização direta do Estado: perspectivas de diálogo a partir da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 842.846/SC (Tema 777). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 91-112, abr./jun. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i92.1707.
