

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202000029002412

INTERESSADO: @nome_interessado_maiusculas@

ASSUNTO: CONSULTA.

DESPACHO N° 138/2021 - GAB

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SES. CONTRATOS DE GESTÃO FIRMADOS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OSs). REGULAÇÃO, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO ATRIBUÍDOS POR LEI À AGR. AUSÊNCIA DE VÍCIO OU IRREGULARIDADE QUE IMPEÇA A APLICAÇÃO DESSE COMANDO LEGAL. DESPACHO REFERENCIAL.

1. A questão jurídica ora trazida à consideração deste Gabinete atina com o desempenho, pela Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos (AGR), de uma atribuição a ela conferida expressamente pela lei que dispõe sobre a sua organização, alusiva à execução de contratos de gestão firmados com organizações sociais para a administração de unidades hospitalares. De fato, segundo o previsto no art. 2º, XXIV, da Lei nº 13.569, de 27 de dezembro de 1999, com a redação dada pela Lei nº 19.265, de 26 de abril de 2016, compete à AGR "promover a regulação, o controle e a fiscalização dos serviços públicos prestados objeto de contratos de concessão, permissão, autorização, parceria público-privada, contrato de gestão com organização social (OS) e termo de parceria com organização da sociedade civil de interesse público (OSCIPI), com vistas a garantir a qualidade, regularidade e continuidade na prestação dos serviços".

2. Ocorre que a Secretaria de Estado da Saúde (SES) veio questionar a conveniência e a própria juridicidade de referida previsão legal, tendo em conta aparente sobreposição da competência ali fixada à atribuição que já é desempenhada, naquela pasta, pela sua Gerência de Avaliação de Organizações Sociais, unidade integrante da Superintendência de Performance. Segundo se percebe, há o receio de que, exercendo fiscalização sobre a mesma atividade desempenhada por entidade privada com base em contrato de gestão, há o risco de manifestações conflitantes da parte da SES e da AGR.

3. A Procuradoria Setorial da SES opinou sobre o assunto no **Parecer PROCSET nº 692/2020** (000015629394), cuja ementa é assim redigida:

EMENTA: 1. CONSULTA. FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE GESTÃO FIRMADOS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE. SOBREPOSIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE E DA AGÊNCIA GOIANA DE REGULAÇÃO, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. 2. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. RESERVA LEGAL. AGÊNCIA REGULADORA COM ATUAÇÃO LIMITADA À REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DELEGADOS E DO USO OU EXPLORAÇÃO DE BENS E DIREITOS DO ESTADO. 3. AUSÊNCIA DE ATUAÇÃO DA AUTARQUIA NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DE GESTÃO FIRMADOS COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE.

4. Encaminhados os autos a esta casa, foi solicitado o pronunciamento da AGR (000016764553), com o que foi oferecido o **Parecer PROCSET nº 6/2021** (000017766453). Eis a sua ementa:

EMENTA. LEI ESTADUAL N. 13.569/1999. REGULAÇÃO, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. ASSIMETRIA REGULATÓRIA. SOBREPOSIÇÃO REGULATÓRIA. CRITÉRIO DA COMPLEMENTARIEDADE. VIABILIDADE JURÍDICA.

5. Como se pode perceber, as opiniões expostas nos pareceres são divergentes, devendo o dilema assim materializado ser resolvido.

6. A Procuradoria Setorial da SES parte da premissa de que a convivência das atribuições de controle e fiscalização conferidas àquela pasta e à AGR é conflituosa. Necessário que não se perca de vista, nesta altura, que o alegado conflito é estabelecido pela legislação vigente. Com efeito, está previsto em lei goiana que, a despeito das atribuições da SES relativas à fiscalização da execução das obrigações do parceiro privado nos contratos de gestão celebrados com organizações sociais para a administração de unidades hospitalares daquela pasta, a AGR também tem a tarefa de atuar nesse campo. Na verdade, o primeiro parecer juntado aos autos principia por afirmar não ser apropriada tal decisão legislativa e que, portanto, deve haver correção de rumos que previna a ocorrência da criticada superposição de atribuições.

7. A opinião exposta pela Procuradoria Setorial da SES é a de que existe uma espécie de falha a ser corrigida na legislação, materializada na apontada coincidência de atribuições, não apenas porque essa sobreposição pode ser vista como fator de desperdício de recursos ou foco do aparecimento de decisões administrativas conflitantes, mas porque há princípios e diretrizes cujo acatamento conduz a uma inevitável escolha, a recair na afirmação de que a AGR não deve atuar nessa área. Entre os argumentos alinhados para sustentar a tese, podem ser destacados os seguintes: *(i)* a Constituição goiana prevê que a AGR deve atuar na regulação e fiscalização de serviços públicos estaduais delegados a terceiros e no uso ou exploração de bens e direitos pertencentes ou concedidos ao Estado (art. 136, § 2º); *(ii)* as atividades de assistência à saúde entram no conceito de serviço público não exclusivo e, quando desempenhadas por agentes privados, assumem a feição de atividade econômica; *(iii)* o contrato de gestão firmado com OS está fora do campo de atuação da AGR porque não se refere à prestação de um serviço público delegado; *(iv)* o regulamento da Lei nº 13.569/1999, aprovado por meio do Decreto nº 9.533, de 9 de outubro de 2019, amplia indevidamente as competências da AGR, violando o princípio da reserva de lei em sentido estrito; *(v)* a Lei nº 15.503, de 28 de dezembro de 2003, “priorizou a setorização na definição da competência para exercício do poder extroverso a cargo do Parceiro Público, conferindo ao **órgão ou entidade correspondente à atividade fomentada**”, que é no presente caso, a SES, “a responsabilidade pela regulação do objeto do contrato de gestão”.

8. Prossegue a Procuradoria Setorial da SES afirmando que o conflito de atribuições assim identificado deve ser resolvido pela aplicação do princípio da especialidade, de forma que a mencionada regra de setorização estipulada pela Lei nº 15.503/2005, deve ser interpretada como a conferir prioridade à SES no exercício das atividades de controle e fiscalização relativas aos contratos de gestão com OS, isso em

detrimento da atividade reguladora expressamente conferida pela Lei nº 13.569/1999 à AGR. Ao fim, conclui “pela prevalência e consolidação das atribuições da Secretaria de Estado da Saúde como órgão responsável pela supervisão, controle e fiscalização dos Contratos de Gestão celebrados entre o Estado de Goiás e as Organizações Sociais de Saúde, que, por decorrer da prestação de serviço público não exclusivo, efetivado pelo Poder Público por meio da colaboração público-privada, e não por delegação, afastam a incidência da atuação da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização dos Serviços Públicos - AGR”.

9. A Procuradoria Setorial da AGR, de sua parte, depois de refutar alguns dos argumentos deduzidos pela Setorial da SES, sobretudo os relativos à distinção entre serviço público e atividade econômica no contexto da regulação, enfatiza a decisão do legislador goiano a favor da assimetria regulatória, materializada em disposições enunciadas, entre outras, na Lei nº 13.569/1999, e que a sobreposição regulatória, antes de consistir em causa de conflitos de atribuições, deve ser concebida como uma solução normativa aceitável, considerado o esforço de lidar com a crescente complexidade da atividade regulatória, quando se tem em mira o interesse público, o acesso ao serviço pelo usuário, a natureza e a forma de execução da atividade regulada.

10. Pois bem. Para a análise da questão jurídica sob apreciação, devem ser identificadas as premissas que conduzirão à solução mais adequada. Entre elas, está o fato de que não existe um modelo de agência reguladora predeterminado e imposto às pessoas políticas do Estado brasileiro. No fim das contas, uma agência reguladora seguirá sendo mais uma autarquia “de regime especial” cuja criação resulta do destaque de uma atividade pública de titularidade do ente criador. **Sendo assim, as atribuições de uma autoridade da regulação serão, mais do que as vislumbradas pela doutrina, aquelas que lhe vierem a ser conferidas por lei.**

11. Segundo tal noção, os serviços regulados são aqueles arrolados na lei de regência da agência reguladora. No ponto, novamente, é preciso ter em consideração muito mais o dizer da lei do que o aspirado pela academia, sobretudo quando se tem em conta as controvérsias numerosas e persistentes relativas ao conceito de serviço público. É perfeitamente aceitável, assim, no sentido de que não viola a ordem jurídica vigente desde a sede constitucional, que a lei identifique uma atividade cujo titular é o poder público e que possa ser desempenhada com a participação de agente privado, não importa qual seja o arranjo articulador dessa participação – concessão ou permissão de serviço público, termo de fomento, contrato de gestão etc. –, atribuindo à agência reguladora a tarefa de fiscalizar o cumprimento das obrigações de parte a parte nesse arranjo, sempre à luz da supremacia do interesse público.

12. É relevante notar, ainda, que o fato da assunção, por OS, da gestão de unidades hospitalares da SES, não modifica a natureza das atividades que ali são desempenhadas: nesses lugares, o que ocorre é prestação de serviço público de titularidade do Estado, serviço que o Estado, por sinal, não pode delegar. O fato da colaboração prestada por OS não transforma a coisa em atividade econômica explorada por agente privado.

13. De qualquer forma, repita-se, para que a AGR disponha de competência para exercer função regulatória ou meramente fiscalizatória sobre determinada atividade, basta que se trate de atividade cujo titular é o próprio Estado de Goiás e que a lei de regência confira à autarquia a competência correspondente. Tais pressupostos indiscutivelmente estão reunidos no presente caso.

14. Como se vê, a autonomia do ente estatal e a discricionariedade ampla que lhe permite experimentar variados arranjos organizacionais é, mais do que a lição doutrinária, o critério determinante para a solução da questão jurídica aqui cogitada. Sendo assim, desde que não sejam violadas as normas

constitucionais de regência da matéria, e não se foi ao ponto de afirmar alguma inconstitucionalidade da legislação goiana sobre o tema, **inexistem razões para censurar a decisão do legislador goiano materializada, em particular, na regra do art. 2º, XXIV, da Lei nº 13.569/1999. Essa constatação não cede sequer diante da mencionada virtual sobreposição de competências da SES e a AGR.**

15. Sendo assim, **aprovo as conclusões do Parecer PROCSET nº 6/2021 (000017766453)**, da Procuradoria Setorial da AGR, deixando de aprovar, conseqüentemente, o Parecer PROCSET nº 692/2020 (000015629394), da Procuradoria Setorial da SES.

16. Por fim, em atenção à circunstância de que não são cerebrinas as hipóteses de sobreposição e redundância no agir de órgãos e entidades encarregados do controle e da fiscalização da boa aplicação dos recursos públicos por entes privados que atuam em colaboração com o Poder Público, como o são as organizações sociais, prezável - recomendável mesmo - **é que os órgãos/entidades de controle interno afetos ao tema racionalizem a sua atuação, por meio, sobretudo, de concerto administrativo, tendo por base necessário diálogo institucional que, com efeito, há de pormenorizar e (re)estabelecer as necessárias distinções e os correspondentes campos de atuação quanto às tarefas de controle e fiscalização a cargo do aparelho de Estado, de que são exemplos a celebração de compromissos e a edição de atos regulamentares conjuntos, tornando, assim, mais eficiente, racional e coerente o agir administrativo da máquina estatal.** A propósito, a experiência acumulada pelo Estado ao longo dos anos quanto à gestão compartilhada de unidades públicas de saúde por certo que o credencia a, com razoável maturidade, implementar os tão necessários mecanismos a uma atuação sistematizada do Poder Público em tal seara.

17. Orientada a matéria, **retornem-se os presentes autos à Secretaria de Estado da Saúde, via Procuradoria Setorial, não sem que antes a Procuradoria Setorial da AGR seja cientificada deste despacho.** Na sequência, dê-se ciência do teor desta **orientação referencial** à Chefia do CEJUR, para os fins art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018-GAB, desta Casa.

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO.



Documento assinado eletronicamente por **JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE, Procurador (a) Geral do Estado**, em 24/02/2021, às 11:07, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador **000018100314** e o código CRC **F843D26B**.

ASSESSORIA DO GABINETE

RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20 - Bairro SETOR OESTE - CEP 74110-130 - GOIANIA - GO - ESQ. COM
A AVENIDA REPÚBLICA DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER (62)3252-8523



Referência: Processo nº 202000029002412

SEI 000018100314