

A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

THE OUTSOURCING IN PUBLIC ADMINISTRATION AND PUBLIC HEALTH SERVICES

Marcos de Oliveira Vasconcelos Júnior¹

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Terceirização 3. Terceirização no âmbito da Administração Pública 4. Terceirização de serviços públicos de saúde 5. Terceirização na área de saúde por meio de organizações sociais 6. Conclusão

RESUMO: O presente artigo trata da terceirização de serviços públicos de saúde pela Administração Pública, buscando traçar as principais características desse método de gestão tipicamente empresarial. O objetivo do presente estudo é, basicamente, delimitar as normas e princípios aplicáveis quando da utilização da terceirização pelo Poder Público. O ponto de partida é a compreensão das normas da Constituição brasileira relacionadas ao tema. Entre as várias formas de terceirização de serviços públicos de saúde, é analisada aqui, a título exemplificativo, a delegação por meio de organizações sociais, que tem encontrado grande resistência nos meios acadêmicos devido à sua má utilização pelo Poder Público.

PALAVRAS-CHAVE: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE; TERCEIRIZAÇÃO; LIMITES; ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

ABSTRACT: This article is about the outsourcing of public health services by Public Administration, in order to describe the main characteristics of this typical business management's method. The objective of this study is basically to define the rules and principles that are applied to the use of outsourcing by the Government. The starting point is the understanding of Brazilian Constitution's rules related to the subject. Among the various forms of outsourcing of public health, it is analyzed here, as an example, the delegation through social organizations, which has found great strength in academic circles due to its misuse by the Government.

KEYWORD: PUBLIC ADMINISTRATION; PUBLIC HEALTH SERVICES; OUTSOURCING; LIMITS; SOCIAL ORGANIZATIONS.

1 INTRODUÇÃO

¹ Mestrando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Público (2012) e Direito Processual (2009) pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2007). Advogado.

Busca-se no presente estudo analisar o instituto da terceirização de serviços públicos, com foco no compartilhamento de responsabilidades entre a iniciativa privada e o Estado, especialmente no que diz respeito ao serviço público de saúde, a fim de investigar alguns limites para a utilização desse processo de gestão da atividade do Poder Público.

Em um primeiro momento, pretende-se avaliar o conceito de terceirização, tanto no meio empresarial, no qual surgiu, quanto no âmbito estatal, em que vem sendo intensamente utilizada atualmente. A partir daí, vai-se indagar a respeito das possibilidades constitucionais e legais para a terceirização de serviços públicos de saúde, adentrando, especificamente, na transferência desses serviços às organizações sociais.

2 TERCEIRIZAÇÃO

O termo terceirização é uma criação linguística derivada do latim *tertius*, que quer dizer terceiro. Não se trata, porém, sob o aspecto puramente técnico, da figura normativa do “terceiro”, típica das relações civilistas ou processuais. Nessas, enquanto o terceiro é exatamente o estranho em uma relação jurídica entre duas ou mais partes, na terceirização este sujeito integra, efetivamente, a relação jurídica e, embora seu vínculo seja como interveniente ou intermediário, ele não é um estranho.

Segundo Maurício Godinho, esse “*neologismo [terceirização] foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa*” (DELGADO, 2006, p. 428).

Acerca do conceito de terceirização, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que “*existe certo consenso entre os doutrinadores do direito do trabalho em definir a terceirização como a contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro para o desempenho de atividades-meio*”. (DI PIETRO, 2012, p. 212).

No âmbito do Direito do Trabalho, Maurício Godinho traz a seguinte definição acerca do tema:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este laços trabalhista, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata o

obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história. (DELGADO, 2006, p. 428)

Diversamente ao entendimento citado, Sérgio Pinto Martins defende que a terceirização deve ser entendida de forma mais ampla, como o simples fato de a empresa contratar serviços de terceiros para a execução de suas atividades-meio. De acordo com o Autor:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários. Envolve a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra. É também uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando confiança mútua e complementariedade. O objetivo comum diz respeito à qualidade dos serviços para colocá-los no mercado. A complementariedade significa a ajuda do terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o terceirizador não tem ou não quer fazer. O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custos, mas também trazer maior agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa. (MARTINS, 1997, p. 22)

Desses conceitos até então trazidos à tona, pode-se destacar dois aspectos fundamentais na conceituação de terceirização. O primeiro diz respeito ao fato de se tratar de **execução indireta de atividades-meio**, de serviços de apoio, em oposição às atividades-fim, que são o próprio produto final da empresa. O segundo aspecto está ligado à **inexistência de vínculos**, quer dizer, laços trabalhistas, entre o ente tomador de serviços e o empregado terceirizado, já que o ônus social dessa relação fica a cargo da entidade interveniente.

Essa noção privatista de terceirização pode ser transposta para a Administração Pública, seara em que esse processo de gestão empresarial de transferência de serviços a terceiros contribui, em tese e se bem aplicado, para a otimização da atuação administrativa na consecução do interesse público.

3 TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em que pese o fato de o conceito de terceirização aplicável ao Poder Público ser basicamente o mesmo já delineado para o setor privado, a diferença fundamental está no fato de que o regramento atinente à Administração Pública exige a observância de um complexo principiológico específico, que se funda na supremacia e na indisponibilidade do interesse público, e não na autonomia da vontade, como ocorre na iniciativa privada. Essa noção deve sempre ser a base de fundo para aplicação e interpretação da terceirização no âmbito da Administração Pública.

Em uma concepção ampla, haverá terceirização junto ao Poder Público sempre que o Estado se socorrer da ajuda de terceiros para a execução de atividades que lhe são afetas.

Já em 1967 o Decreto-lei n.º 200 consignava em seu texto a possibilidade (na verdade, necessidade) de a Administração desobrigar-se, mediante contrato com particulares, da realização material de tarefas executivas (atividades-meio) e, através da Lei n.º 5.645/70, exemplificaram-se quais seriam essas atividades que deveriam ser objeto de execução indireta.

Além da citada norma, o Decreto Federal n.º 2.271/1997 prevê o seguinte:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Art. 3º O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços.

Atualmente, dois são os principais diplomas legais que tratam da possibilidade de a Administração terceirizar suas atividades e serviços, muito embora não utilizem a expressão em questão, a saber: a Lei n.º 8.666/93 e Lei n.º 8.987/95.

Nos termos da legislação atual, a terceirização em relação à Administração Pública pode assumir as mais variadas formas, mas, sinteticamente, podem-se categorizar dois grandes tipos de terceirização: a dos próprios serviços públicos e de atividades ligadas aos serviços públicos.

O que é possível ocorrer junto à Administração Pública é a terceirização como contrato de prestação de serviços (terceirização de atividades ligadas aos serviços públicos), regulada pela Lei n.º 8.666/93, e a terceirização como contrato de concessão ou permissão (terceirização de serviços públicos), cuja base legal é a Lei n.º 8.987/95 e a Lei n.º 11.079/2004 (parceria público-privada). A primeira encontra fundamento constitucional no art. 37, inc. XXI² e a segunda, no *caput* do art. 175³.

Fato é que a terceirização de atividades-fim no âmbito da Administração Pública, que não seja sob a forma concessão ou permissão, não tem respaldo constitucional ou legal, nem mesmo com base na Lei 6.019/74. É o que corriqueiramente se vê como contrato de fornecimento de mão de obra

O fundamento para tal proibição é a regra geral do concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da Constituição da República de 1988, que só admite duas exceções: a contratação temporária, que depende de lei específica de cada ente federativo, e a nomeação para cargos em comissão.

Embora manifestamente ilegais, esses contratos de fornecimento de mão de obra têm sido celebrados sob a forma de prestação de serviços técnicos especializados, o que mascara a relação de emprego que seria própria da Administração Pública, favorece o nepotismo e o apadrinhamento político, burla a regra do concurso público e o regime dos servidores públicos, além de afrontar os princípios administrativos constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência.

Esses terceirizados irregularmente são, na verdade, *funcionários de fato*, que só podem praticar atos materiais, sem nenhum conteúdo decisório. De qualquer modo, sua atuação pode ensejar a responsabilidade objetiva da Administração Pública, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988.

O que se admite é a contratação de atividades-meio sob a forma de prestação de serviços (art. 37, XXI), por meio da Lei n.º 8.666/93, como já previam o Decreto-lei 200/67 e o 2.300/86, que determinam a prioridade da execução indireta de tarefas executivas e acessórias da Administração Pública.

² “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

³ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Destaque-se, ainda, que a Lei de Responsabilidade Fiscal prescreve que os gastos com a terceirização de serviços (“fornecimento de mão de obra”) devem ser contabilizados como despesas de pessoal (art. 18, § 1º), obviamente para que tais despesas sejam incluídas nos limites de gastos fixados. Isso não abrange gastos com a regular contratação de empreitadas e prestação de serviços, pois o objeto do ajuste é o resultado.

4 TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Como já ressaltado, só se admite a prestação de serviços públicos diretamente pelo Estado (por meio da Administração Direta ou Indireta) ou sob o regime de permissão ou concessão (art. 175, CR/88), inclusive com base na concessão da Lei nº 11.079 (parceria público-privada).

O serviço público, em sua totalidade, não pode ser terceirizado por meio de locação de serviço ou de contrato de fornecimento de mão de obra.

O que justifica essa impossibilidade são as distinções jurídicas entre locação de serviços e concessão de serviços públicos, que acabam por delimitar o âmbito de legalidade da terceirização:

- a) Distinção quanto ao objeto: por meio da concessão o Estado transfere o serviço público ao particular, com todo o seu complexo de atividade; não há transferência de uma determinada atividade ligada ao serviço público na concessão, muito embora a concessionária possa terceirizar determinadas atividades. Na locação de serviços, o objeto do contrato é a execução de determinada atividade acessória ao serviço público, complementar à atividade-fim do Estado (que continua sendo executada pela entidade pública).

- b) Distinção quanto à forma de remuneração: na concessão, na forma como previsto na Lei n.º 8.987/95, a regra é que a remuneração se faça pelos usuários, admitidas formas acessórias e alternativas. Na locação de serviços, a remuneração é paga pelo Poder Público. Nesse ponto, a concessão administrativa (parceria público-privada) até se assemelha à locação de serviços (pois o Poder Público pode remunerar a concessionária total ou parcialmente), mas com ela não se confunde em razão do regime jurídico e das prerrogativas públicas.

- c) Distinção quanto às prerrogativas públicas: as concessionárias assumem a posição do Poder Público na prestação do serviço e, portanto, detém determinadas prerrogativas (como promover desapropriações, exercer o poder de polícia sobre os bens vinculados ao serviço, promover a subconcessão, etc.). Na locação de serviço, não há transferência de prerrogativas, pois o contratado é mero executor material de uma atividade-meio.
- d) Distinção quanto ao poder de intervenção: o poder concedente pode intervir na concessionária (art. 32 a 34 da Lei nº 8.987/95), mas não pode fazê-lo com relação ao contratado na locação de serviços.

Especificamente com relação à saúde, não há dúvida de que trata de um serviço público, que deve ser prestado de forma gratuita pelo Estado, mas não é exclusivo do Poder Público. Em diversos artigos a Constituição da República de 1988 trabalha a noção de execução dos serviços de saúde em parceria com a iniciativa privada. São alguns exemplos:

Art. 197, CR/88: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198, CR/88: Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

Art. 199, CR/88: Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Há, portanto, espaço para que a iniciativa privada preste serviços de saúde em parceria com o Poder Público.

Segundo Ives Gandra da Silva Martins e Fátima Fernandes Rodrigues de Souza:

De todas essas disposições decorre que a ideia de parceria permeia a prestação da assistência à saúde. Sob regime de direito privado, mediante a participação mais próxima do Estado, no tocante à sua regulação e fiscalização; sob regime de direito público, mediante a efetiva participação do particular no regime único, em caráter complementar. (MARTINS; SOUZA; 2007, p. 106)

Analisando a questão da descentralização das ações e serviços de saúde (art. 198, I, CR/88), DI PIETRO esclarece que a forma adequada para tanto seria a *descentralização por serviços*⁴.

Segundo a Autora, a melhor forma de descentralização administrativa dos serviços de saúde é por meio da criação de autarquias, fundações e empresas públicas (esta última deve ser sob a forma de sociedade civil, sem fins lucrativos, pois o serviço de saúde é necessariamente gratuito).

A princípio, a concessão e a permissão (formas de descentralização por colaboração) não são adequadas para a terceirização de serviços de saúde, pois os delegatários não podem ser remunerados pelos usuários do serviço, que é gratuito.

Admite-se, entretanto, a utilização da parceria público-privada (concessão administrativa da Lei n.º 11.079), na qual o Estado remunera integralmente o parceiro privado (é o que já ocorre no Hospital do Subúrbio de Salvador, e vai ser implantado no Hospital Metropolitano de Belo Horizonte).

Nos termos do que prevê o citado art. 199, § 1º, da Constituição da República de 1988, a participação de instituições privadas na execução de serviços públicos de saúde deve ocorrer de forma complementar, por meio de “contrato de direito público” ou “convênio”.

Admite-se como contrato de direito público, nesse caso, aqueles voltados para atividades complementares aos serviços do Sistema Único de Saúde, fundamentado na Lei de Licitações, ou aqueles de concessão da Lei n.º 11.079 (PPP), que é espécie de descentralização por colaboração, por meio da transferência da própria atividade-fim para particulares.

Como a Constituição somente permite às instituições privadas participarem dos serviços de saúde “de forma complementar”, DI PIETRO entende que não há validade na formalização de um contrato cujo objeto seja a transferência para os particulares da totalidade de um serviço público. Não se admite, por exemplo, a transferência de toda a administração e execução das atividades de saúde de um hospital público para um particular.

⁴ Descentralização territorial ou geográfica: criação de uma entidade local, com personalidade de direito público, capacidade de autoadministração, delimitação geográfica, capacidade genérica para a prestação de serviços públicos e sujeição a controle pelo poder central (territórios federais). Comum em Estados Unitários (França e Itália).

Descentralização por serviços, técnica ou funcional: criação, por meio de lei, de pessoa jurídica de direito público ou privado, que assume a titularidade e a execução de determinado serviço público. Autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. - Características: personalidade jurídica, capacidade de autoadministração, patrimônio próprio, capacidade específica (especialização), sujeição a controle ou tutela (nos limites da lei)

Descentralização por colaboração: transferência a pessoas jurídicas de direito privado (estranha ao aparelho estatal), por meio de acordo de vontades ou por ato administrativo unilateral, da execução de serviços públicos, mantendo a titularidade do mesmo com o Poder Público.

Para a Autora, somente pode haver a terceirização de atividades de *execução material*, como atividades-meio (tais como limpeza, vigilância, contabilidade, etc.) e serviços técnico-especializados (como é o caso de hemocentros, realização de exames médicos, etc.).

O Estado, de acordo com o que esse argumento, não pode abrir mão da prestação de um serviço que lhe incumbe, transferindo-o integralmente a terceiros. Pode contar com a iniciativa privada de forma complementar, mediante contrato ou convênio. Em suas palavras, “*apenas se admite a terceirização de determinadas atividades materiais ligadas ao serviço de saúde; nada mais encontra fundamento no direito positivo brasileiro.*” (DI PIETRO, 2008, p. 227)

O que justifica tal argumento é o fato de que a prestação de um serviço público deve estar subordinada a um regime de direito público, ainda que parcialmente, nos termos do que determina o art. 175 da Constituição da República de 1988⁵.

Voltando-se ao art. 199 da Constituição, há a possibilidade ainda de transferência de serviços públicos de saúde por meio de convênios, os quais são admitidos com pessoas jurídicas de Direito Público, com entidades da Administração Indireta e com instituições privadas. Quando a atividade é entregue por convênio à iniciativa privada, a orientação legal é no sentido de dar preferência (e não exclusividade) às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

É o que dispõem os artigos 24 e 25 da Lei n.º 8.080/90:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Vigora a lógica da subsidiariedade da sociedade civil na prestação de serviços de saúde. O Estado é o titular do serviço público e tem o dever constitucional inarredável de prestá-los, observando os princípios administrativos gerais, como o da eficiência (art. 37, *caput*, CR/88), e os princípios específicos do serviço de saúde, como o da universalidade e igualdade de acesso (art. 196, CR/88). Esse dever, entretanto, não torna o serviço de saúde

⁵ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

exclusivo do Estado, na medida em que a iniciativa privada pode atuar em parceria com o Poder Público, mas sempre de forma subsidiária.

Não se admite, portanto, que o Estado se abstenha de prestar os serviços de saúde, entregando-o totalmente à iniciativa privada. Tampouco se admite que a atuação do Estado seja menor que a dos particulares na área de saúde pública, pois essa relação de dependência foi expressamente vedada pelo texto constitucional.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os serviços públicos de saúde estão entre aqueles que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade. Os particulares podem desempenhar essas atividades (inclusive independente de concessão), mas “*o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros*” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 705)

É esse também o entendimento da Profa. Cristiana Fortini, para quem a terceirização não traduz alternativa para o Estado se desvencilhar de suas obrigações constitucionais, especialmente na área de saúde. Em suas palavras:

Certamente não há como desconsiderar a redação do art. 197 da Constituição da República, segundo o qual ‘são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado’. Entretanto, não há como enxergar na norma autorização para que todos os serviços ligados à saúde sejam privatizados, mediante terceirização. A participação de terceiros faz-se possível em caráter de complementariedade da atuação estatal, jamais em caráter substitutivo. (FORTINI, 2007, p. 5)

Em decisão recente, de 28/08/2012, o Ministro Cezar Peluso do Supremo Tribunal Federal, analisando o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 445.167, do Município do Rio de Janeiro, ratificou seu entendimento de que

O serviço público de saúde não pode e não deve, ser terceirizado, admitindo o art. 197 da Constituição da República, em caráter complementar, permitir a execução dos serviços de saúde através de terceiros. O caráter complementar não pode significar a transferência do serviço à pessoa jurídica de direito privado.

Em que pese o eminente Ministro negar a possibilidade de terceirização, admite ele que a Constituição considera como lícita a execução dos serviços de saúde através de terceiros, o que, contraditoriamente, é exatamente a terceirização. Tal contrassenso, porém, não altera sua conclusão, no sentido de que a transferência do serviço de saúde à pessoa

jurídica de direito privado não pode ocorrer como um todo, sob pena de violação ao caráter complementar da participação privada nesse importante setor público.

Entre as inúmeras formas de terceirização, pretende-se fazer uma breve incursão na transferência de serviços de saúde às organizações sociais.

5 TERCEIRIZAÇÃO NA ÁREA DE SAÚDE POR MEIO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

As organizações sociais foram instituídas pela Lei Federal nº 9.637/98, dentro das iniciativas de reformas neoliberais do Estado do Governo Fernando Henrique Cardoso e do chamado “Plano Nacional de Publicização”.

O objetivo desse movimento reformista foi a descentralização de atividades não exclusivas do Estado e a transferência, para organizações sociais, de atividades desempenhadas por órgãos públicos, inclusive na seara da saúde pública.

De certo modo, a pretensão do Governo era de que o serviço público passasse a ser considerado como atividade privada de interesse público, para que, uma vez prestado por particulares, sob fomento do Estado (que se dá por meio da celebração de contrato de gestão), pudesse se extinguir o órgão público ou a pessoa jurídica de direito público inicialmente incumbida de sua execução.

A partir de uma análise da Lei Federal n.º 9.637/98, algumas características das organizações sociais podem ser traçadas:

- a) A titulação de organização social é, na verdade, uma qualificação, uma habilitação jurídica outorgada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos (art. 1º);
- b) As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (art. 11);
- c) Áreas possíveis de atuação das organizações sociais: ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º);
- d) Conselho de Administração das organizações sociais (órgão de deliberação) tem composição mista, com representantes do Poder Público e da sociedade civil (art. 3º);

- e) A parceria (fomento) é estabelecida por meio da formalização de contrato de gestão;
- f) A Fiscalização e o controle do contrato de gestão têm como foco as metas estabelecidas e os resultados alcançados (art. 8º);
- g) Formas de fomento pelo Poder Público: recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos (dispensada a licitação – art. 12), cessão de servidor público;
- h) Contratos de prestação de serviços realizados com organizações sociais, para atividades contempladas no contrato de gestão, podem dispensar licitação (art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93)
- i) O descumprimento do contrato de gestão pode acarretar a desqualificação da organização social, mediante processo administrativo (art. 16).

No contexto da legislação em comento, as organizações sociais podem exercer atividade privada de interesse público, com incentivo do Poder Público, ou podem desempenhar o próprio serviço público, como atividade delegada.

Nesse caso de transferência do próprio serviço público, não pode o Estado se abster totalmente dos serviços sociais, pois esses são deveres constitucionais do Poder Público.

Uma crítica que comumente se faz à transferência de serviços públicos de saúde às organizações sociais é no sentido de que essa absorção visaria, em verdade, fugir do regime de direito público, que, em certa medida, impõe inúmeras restrições à Administração Pública (como teto salarial, proibição de acumulação de cargos, entre outras).

Em São Paulo, Estado em que a terceirização de serviços de saúde para a iniciativa privada ocorreu (e vem ocorrendo) em grande medida por meio de parcerias com organizações sociais, a legislação é um pouco mais rígida quanto à atuação dos particulares na prestação de serviços públicos.

As organizações sociais paulistas, de acordo com a Lei Complementar Estadual nº 846/98, administram o serviço público de saúde por delegação do Estado, investindo-se de determinadas prerrogativas públicas, assim como ocorre nas concessões e permissões da Lei n.º 8.987/95.

Algumas características específicas da legislação estadual diferenciam as organizações sociais de São Paulo daquelas qualificadas em âmbito federal:

- a) Atuação restrita às áreas de saúde e cultura (art. 1º);
- b) Não podem absorver atividades exercidas por entes públicos;

- c) Não podem utilizar bens do patrimônio público que estejam sendo utilizados por entidades públicas (art. 14, § 4º);
- d) Não contam com representantes do Poder Público em seus órgãos de administração (art. 3º);
- e) Existe um procedimento de convocação pública para escolha da entidade (art. 6º, 3º).

Atualmente, segundo dados disponibilizados pela Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo, 37 hospitais, 38 ambulatorios, 1 centro de referência, duas farmácias e três laboratórios de análises clínicas são administrados por organizações sociais. Os novos hospitais colocaram a serviço do SUS cerca de 4.300 leitos no Estado de São Paulo⁶.

Experiência semelhante tem sido vivenciada, também, no Estado de Goiás, onde vários hospitais tiveram sua administração transferida para organizações sociais, como o Hospital Materno Infantil (HMI), o Hospital de Doenças Tropicais (HDT), o Hospital de Urgências de Aparecida de Goiânia (Huapa).

Nesses dois exemplos, um aspecto que deve ser levado em consideração é o fato de que a absorção de serviços públicos por organizações sociais não desobriga o Estado da prestação desses serviços.

Novamente segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Anote-se que, como os serviços em questão não são privativos do Estado, não entra em pauta o tema da concessão de serviços públicos, que só tem lugar nas hipóteses em que a atividade não é livre aos particulares, mas exclusiva do Estado. Aliás, se entrasse, seria obrigatória a aplicação do art. 175 da Constituição Federal, que estabelece que tanto a concessão como a permissão serão 'sempre' precedidas de licitação.

Assim, os serviços trespassáveis a organizações sociais são serviços públicos insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão. Logo, como sua prestação se constitui em 'dever do Estado', conforme os artigos citados (art. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de 'adjudicá-los' a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 245)

As organizações sociais devem, enfim, atuar ao lado do Estado, por meio de uma política de fomento. Não pode haver a transferência integral de serviços públicos sociais para organizações sociais ou quaisquer entidades do terceiro setor (como OSCIPs, por exemplo),

⁶ <http://www.saude.sp.gov.br/ses/acoef/organizacoes-sociais-de-saude-oss>.

pois esses serviços são da titularidade do Estado, como atribuição constitucional típica (VIOLIN, 2012, p. 122/123).

6 CONCLUSÃO

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social e, finalmente, para o Estado Democrático de Direito, a Administração Pública sofreu intensas modificações estruturais, influenciadas pelo nível de intervenção do Poder Público nas atividades privadas. Atualmente, dentro do contexto constitucional brasileiro, depreende-se uma lógica da subsidiariedade, segundo a qual o Estado deve se abster de determinadas atividades que podem ser exercidas satisfatoriamente pela iniciativa privada. A terceirização de serviços públicos é uma das formas de parceria entre o público e o privado para a execução indireta de atividades estatais, que decorre da aplicação do citado princípio da subsidiariedade.

Na seara do direito privado, a terceirização é tida como um processo de gestão empresarial de transferência de serviços, essencialmente ligados à atividade-meio da empresa, para terceiros, sem o estabelecimento de vínculos diretos trabalhistas com a tomadora do serviço. Essa concepção foi albergada pela Administração Pública, mas com as ressalvas que o sistema principiológico de Direito Público impõe ao citado instituto.

De modo geral, sempre que o Estado se socorrer da ajuda de terceiros para a execução de atividades que lhe são afetas, estar-se-á diante da terceirização, que poderá ser dos próprios serviços públicos (por exemplo, por meio de concessão ou permissão) ou de atividades ligadas aos serviços públicos (por exemplo, por meio de contratos de prestação de serviços, cujo objeto só pode estar vinculado a atividade-meio do Poder Público).

No que diz respeito aos serviços públicos, a Constituição determina que eles só podem ser prestados diretamente pelo Estado ou sob o regime de permissão ou concessão (incluindo PPP). Logo, é manifestamente ilegal a terceirização de serviços públicos por meio de locação de serviço ou de contrato de fornecimento de mão de obra.

A saúde, embora seja serviço público típico, não tem sua execução afeta exclusivamente ao Poder Público. A execução dos serviços públicos de saúde em parceria com a iniciativa privada é uma orientação constitucional expressa (art. 197, 198 e 199, CR/88), mas somente pode ocorrer sob o prisma da complementariedade.

Essa participação complementar da iniciativa privada nos serviços de saúde se opera por meio de contratos de direito público (contratos de prestação de serviços, para atividade-meio, e contrato de concessão – PPP, para atividade-fim) ou por meio de convênios, os quais

devem ser celebrados preferencialmente com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. Em qualquer dos casos, não está o Poder Público autorizado a se abster da prestação do serviço público ou prestá-lo de forma dependente da iniciativa privada, sob pena de violação da regra da complementariedade, prevista no art. 199, § 1º, da Constituição da República de 1988.

Entre as inúmeras formas de terceirização dos serviços de saúde, a Administração Pública tem se valido muito do estabelecimento de parcerias com organizações sociais, o que em âmbito federal ocorre com base na Lei nº 9.637/98.

Nesse caso, pode haver tanto a assunção de um determinado complexo de serviços de saúde, quanto de atividades acessórias aos serviços públicos, mas em ambas as hipóteses, a absorção de serviços de saúde por organizações sociais deve ocorrer de forma complementar, sem desobrigar o Estado da sua prestação, a qual sempre se submeterá aos princípios administrativos gerais, como o da eficiência (art. 37, *caput*, CR/88), e aos princípios específicos do serviço de saúde, como o da universalidade e igualdade de acesso (art. 196, CR/88).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. *Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

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

FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FORTINI, Cristiana. *O Perfil do Direito Administrativo Atual e o Emprego da Terceirização pela Administração Pública*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº 8,

dezembro 2006/ janeiro/fevereiro 2007. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 14 de janeiro de 2013.

GARCIA, Flavio Amaral. *A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, setembro, outubro, novembro, 2009. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 14 de janeiro de 2013

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. *Serviços de Saúde. Relevância Pública Independente do Regime de sua Prestação. Participação da Iniciativa Privada em Caráter Complementar ao SUS. Direito à Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos e/ou Convênios Celebrados com a Administração. Reajuste e Recomposição de Preços. Exigência Constitucional e da Legislação Ordinária para que os Valores Repassados Reflitam os Impactos da Inflação e do Aperfeiçoamento Tecnológico dos Procedimentos. Parecer*. Revista IOB de Direito Administrativo, São Paulo, v. 2, nº 14. Fevereiro, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização: as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio de Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “Terceiro Setor”. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 111-124.