

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
**Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* em Advocacia
Pública**

Ana Virgínia Christofoli Alvim

Terceirização nos Serviços Públicos de Saúde

**Brasília
2008**

Ana Virgínia Christofoli Alvim

Terceirização nos Serviços Públicos de Saúde

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Advocacia Pública, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* oferecido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

**Brasília
2008**

Ana Virgínia Christofoli Alvim

Terceirização nos Serviços Públicos de Saúde

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Advocacia Pública, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* oferecido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___/___/_____, com menção ___ (_____)

Banca Examinadora:

Presidente

Integrante

Integrante

RESUMO

Pesquisa sobre a aplicação do instituto da terceirização de mão-de-obra na prestação de serviços públicos, com enfoque para os serviços públicos de saúde. Caracteriza os serviços de saúde como essenciais, a serem prestados prioritariamente pelo Estado, e somente de forma complementar por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Analisa a abstração dos conceitos de atividade-meio e atividade-fim, ponderando sobre a dificuldade de sua adoção como parâmetros para definir o espectro de atividades estatais sujeitas à terceirização de forma lícita. Avalia as circunstâncias limitadoras da terceirização no setor de saúde pública, a partir do estudo dos princípios constitucionais que permeiam o tema, em especial o da obrigatoriedade do concurso público, em confronto com os princípios da proteção à vida, da dignidade da pessoa humana, da eficiência e da economicidade, buscando o equilíbrio entre todos eles, de modo a se alcançar a legitimidade da aplicação do instituto no setor de saúde pública, por meio do princípio da razoabilidade. Discute, também como fator restritivo à terceirização de serviços públicos, a Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere aos limites por ela impostos para os gastos com pessoal, concluindo no sentido de não se poder prescindir da análise de cada caso concreto de terceirização para se alcançar a legitimidade inafastável da opção pela sua prática por parte do Estado.

ABSTRACT

Research on the implementation of the outsourcing workforce for the provision of public services, focusing on public health services. It features the health services as essential, to be provided primarily by the state, and only in a complementary way by legal people or individual entities of private law. It analyses the abstraction of the concepts of middle-order activities and end-order activities, considering the difficulty of their adoption as parameters to define the spectrum of State activities subject to be outsourced lawfully. It evaluates the limiting circumstances of outsourcing public health services, from the study of constitutional principles that permeate the subject, especially the requirement of public exams, in confrontation with the principles of life protection, human dignity, efficiency and economy, seeking a balance among all of them, in order to achieve the legitimacy of the implementation of the institute of public health, through the principle of reasonableness. It also discusses, as a limiting factor of the outsourcing of public services, the Law of Fiscal Responsibility, regarding the limits it imposed on spending on personnel. It highlights the importance of the analysis of each case of outsourcing workforce to achieve the real legitimacy of the State to adopt it or not.

INTRODUÇÃO

Sob o prisma cronológico e evolutivo da atuação estatal, considerado o Estado desde a sua origem absolutista até a sua atual condição de “Estado Democrático de Direito”, enquadra-se o acesso à saúde pública no Brasil como direito fundamental de segunda geração¹. Como tal, referido direito submete-se, prioritariamente, aos valores de igualdade e pressupõe prestações positivas do Estado, no sentido de assegurá-lo, de maneira eficaz e indistintamente, a todos os potenciais usuários dos respectivos serviços.

Para a concretização desse dever, nem sempre dispõe o Estado de recursos, sejam eles financeiros, humanos, estruturais ou tecnológicos, satisfatórios, necessitando, no mais das vezes, recorrer à participação do setor privado, conforme lhe faculta o artigo 197 da Constituição Federal de 1988.

As diversas formas de interação entre o Estado e o setor privado, com vistas à prestação de serviços públicos em geral, possuem características próprias e limitações quanto à sua legalidade e legitimidade, em razão da natureza do serviço a ser ofertado.

Com relação à saúde pública, a Constituição Federal prioriza a atuação direta do Estado, sob a forma de um sistema único, vislumbrando, porém, a possibilidade de participação complementar de instituições de direito privado, na forma estabelecida em seu artigo 199, § 1º. Contudo, dentro do conceito normativo de complementaridade podem ser enquadrados institutos jurídicos variados, os quais suscitam, com freqüência, indagações e perplexidades no meio social e político que, ao final, são submetidas à tutela jurisdicional e constituem objeto de vários estudos doutrinários.

Daí a diversidade de entendimentos jurisprudenciais, tanto de natureza jurisdicional como administrativa e da doutrina técnico-científica, a respeito das hipóteses e limites de atuação do setor privado no sistema de saúde pública. O dispositivo constitucional acima mencionado determina o tipo de vínculo que pode

¹ Assim conhecidos os direitos subjetivos relacionados às necessidades de ordem social, tais como saúde, educação, entre outros.

haver entre os setores público e privado: contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Com relação aos instrumentos aptos a consolidar o vínculo em questão, limita-se o texto constitucional a duas formas genéricas de descentralização, contratos ou convênios, as quais comportam, porém, inúmeras variantes, sobretudo quanto ao seu objeto.

O presente trabalho dá destaque à variante conhecida como terceirização de mão-de-obra na prestação de serviços públicos, termo que comporta a idéia de delegação pelo Estado, por meio de vínculo de natureza comercial, de atividades públicas a serem desempenhadas por particulares sem a conotação de permanência. Enfocam-se, em especial, os serviços públicos de saúde.

Nesse ponto, cabe uma distinção preliminar entre as duas formas básicas de utilização de mão-de-obra temporária no âmbito do serviço público. Uma primeira advém da contratação direta de pessoal ou por meio de processo seletivo simplificado, reservada aos casos de excepcional interesse público, cujo fundamento legal se extrai do art. 37, IX, da Constituição Federal; trata-se de relação de caráter eminentemente laboral.

A segunda forma temporária de vínculo, pertinente ao estudo ora proposto, caracteriza-se por uma relação comercial, formalizada por meio de contrato ou convênio com a Administração, cujo objeto é o fornecimento de mão-de-obra para a prestação de serviços, sujeita, portanto, aos dispositivos legais relacionados ao princípio da licitação pública, inserto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Essa a forma que doravante passa a ser tratada como “terceirização de mão-de-obra”.

A utilização do instituto provoca, repetidas vezes, a irresignação dos agentes públicos que mantêm vínculo efetivo de natureza laboral com o Estado, sobretudo quando se trata da prestação de serviços públicos de saúde. O discurso combativo apóia-se, em última análise, na premissa hipotética de que a ampliação da participação do setor privado na prestação desses serviços viola princípios constitucionais impostos à Administração, em especial, o da obrigatoriedade do concurso como meio de acesso aos cargos públicos, cujos ocupantes devem, como regra, compor a estrutura dos recursos humanos especializados nas atividades-fim ligadas à assistência à saúde.

Por outro lado, as críticas sustentadas sob esse enfoque contrastam com a real incapacidade do Estado, também no que se refere aos recursos humanos, de atender satisfatoriamente aos usuários do sistema único de saúde. Emerge, portanto, a necessidade de se delimitar o espectro da participação legal da iniciativa privada no sistema único de saúde, de modo a se viabilizar a eficácia estatal no setor, assegurando-se o respeito à dignidade humana, fundamento básico da República Federativa do Brasil.

Propõe-se a abordagem dialética da questão, colacionando os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que confirmam as divergências jurídicas sobre o tema. Com efeito, inúmeras são as posições a favor e contra uma participação mais elástica do setor privado, na assistência à saúde a cargo do Estado, considerando-se, especificamente, a disponibilização de recursos humanos com perfil técnico-científico voltado diretamente às respectivas funções.

De início, retrata-se, em sucintas linhas, a evolução histórica do papel do Estado como garantidor dos direitos sociais, conhecidos como direitos de segunda geração, entre os quais se inclui o direito à saúde, hoje erigido a direito fundamental, eis que considerado de relevância pública por disposição expressa no art. 197 da Constituição Federal.

Em seguida, no segundo capítulo, colacionam-se alguns conceitos clássicos do instituto da terceirização de mão-de-obra em direção às peculiaridades que o envolvem quando adotado pela Administração Pública em atividades típicas de assistência à saúde, em condição ancilar em relação ao dever de atuação estatal. Nesse ponto, merece destaque, mais uma vez, uma breve retrospectiva histórica das necessidades de delegação de atividades que, em princípio, não constituem o objetivo final de uma instituição, pública ou privada, como meio de se acompanhar o inevitável aumento da demanda quantitativa e qualitativa de bens e serviços.

Já no terceiro capítulo, procura-se adentrar, mais precisamente, no objeto do presente trabalho, no que se refere, propriamente, às limitações legais para a adoção do instituto da terceirização no desenvolvimento das atividades essenciais do Estado. Nesse passo, sobressai oportuna uma abordagem sobre as dificuldades de se conceituarem atividade-fim e atividade-meio, sobretudo no caso dos serviços de saúde, diante da amplitude das interações possíveis e da subjetividade em se precisar o grau de relacionamento entre uma atividade, à primeira vista, considerada

secundária e sua real importância para o alcance dos objetivos finais da assistência à saúde.

A partir daí, ainda como conteúdo do terceiro capítulo, busca-se uma posição de equilíbrio, dotada de legalidade e legitimidade para o inafastável intercâmbio entre o público e o privado, sob o ponto de vista jurídico, social e moral que, necessariamente, confundem-se e complementam-se quando o direito em questão condiz com a essência do ser humano.

Para tanto, estuda-se, mais detalhadamente, quais seriam os limites da participação da iniciativa privada em atividades típicas do Estado e, em especial, na área da saúde pública. Segue análise em torno do aspecto da complementaridade da participação da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde pública, à luz do que prevê, expressamente, o art. 199, § 1º da Constituição Federal.

De um modo geral, cuida-se das limitações presentes em toda a seara da Administração Pública aplicáveis ao instituto da terceirização, a exemplo da obrigatoriedade do concurso público como requisito de acesso aos cargos públicos, que se encontra intrinsecamente relacionado à idéia de subsidiariedade da atuação privada na prestação de serviços públicos. Vale dizer: as atividades estatais, sobretudo as consideradas essenciais, devem ser, prioritariamente, exercidas por servidores ou empregados vinculados diretamente ao Estado e em caráter permanente.

Como contraponto dialético a esses limites não se poderia deixar de focar os princípios, também de índole constitucional, da eficiência e da economicidade que devem pautar a prestação dos serviços públicos em sentido amplo, mesmo quando oferecidos por particulares em substituição ao Estado.

Em busca de solução a esse, ao menos aparente, conflito entre princípios de índole constitucional, quais sejam, o princípio da obrigatoriedade do concurso público de um lado e os da eficiência e economicidade de outro, diverso não poderia ser o caminho, senão o que conduz à preservação do núcleo essencial de cada qual, a partir do conceito jurídico de proporcionalidade em sentido amplo.

No quarto capítulo, empreende-se uma análise da questão sob o prisma da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), que também serve de parâmetro inafastável ao estabelecimento de restrições para a contratação de

mão-de-obra terceirizada, mormente diante dos reflexos alusivos aos limites com gastos de pessoal para cada ente da Federação.

A conclusão do trabalho retrata a posição fundamentada da autora a respeito da viabilidade jurídica de se adotar o instituto da terceirização de mão-de-obra nos serviços públicos de saúde considerados, sobretudo, os aspectos da legalidade em equilíbrio com as necessidades e conveniências da Administração em optar por essa modalidade de atuação.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO ESTADO: DIREITO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A proposta de um estudo jurídico a respeito do direito à assistência pública à saúde impescinde de uma abordagem retrospectiva sobre a evolução do papel do Estado frente às necessidades individuais, coletivas e sociais, desde o seu surgimento, sob a forma absolutista, até a sua atual condição de Estado Democrático de Direito.

A ordem jurídica brasileira, em vigor atualmente, sobretudo a de índole constitucional, não deixa dúvidas quanto ao dever do Estado em prestar, de forma adequada e igualitária, assistência à saúde, hoje classificada expressamente como direito fundamental que se traduz, em última análise, no fundamento da dignidade da pessoa humana e no direito de proteção à vida, consignados no art. 1º, inciso III, e no art. 5º, *caput*, ambos da Constituição Federal. Mas nem sempre essa função foi claramente reconhecida como um direito decorrente de lei.

Em suas origens, sobretudo no continente europeu, o Estado se confundia com a pessoa do monarca e exercia, com absoluta autoridade, pleno poder sobre os indivíduos, sendo reconhecido como “Estado de Polícia” o qual, segundo Canotilho (1997), apresentava as seguintes características fundamentais:

[...] (1) afirmação da idéia de soberania concentrada no monarca, com o conseqüente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; (2) extensão do poder soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de “decidir” sobre a religião dos súbditos e de exercer a autoridade eclesiástica (*cuius régio eius religio, Dux cliviae est papa in territoris suis*); (3) dirigismo econômico através da adoção de uma política econômica mercantilista; (4) assunção, no plano teórico dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* (“bem estar, “felicidade dos súbditos”) como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a célebre “razão de Estado” (*raison d’Etat*), apontada como a dimensão teleológica básica do chamado “absolutismo empírico” (“momento absolutista” anterior ao “absolutismo iluminado”).²

Percebe-se, portanto, que, embora tivesse o Estado, naquele tempo medieval, interesse em proporcionar o bem-estar dos indivíduos, a eventual atuação

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 91. O autor refere-se ao continente europeu, em especial, ao “Estado de Marquês de Pombal”, em Portugal.

concreta nesse sentido não derivava de um direito subjetivo desses, mas, tão-somente, da vontade, do livre arbítrio, da conveniência do dirigente.

Paralelamente à preocupação em promover o bem-estar, tal como referido pelo ilustre autor, o soberano exercia pleno domínio sobre os seus súditos, também conhecidos como vassalos, justamente por sua condição de submissão e dependência que os obrigavam a acatar, a título de favor, e não de direito, os eventuais benefícios propiciados pelos seus senhores, mesmo quando compelidos ao recolhimento de tributos.

As reações sociais contra esse modelo de Estado tiveram como marco histórico principal a Revolução Francesa, em 1789, período após o qual se passou a conceber a idéia de um Estado Moderno, instituição cuja atuação não mais se confundia com a vontade do governante; passava a ser ditada pela sociedade sob o prisma da economia de mercado. Como reação ao forte domínio político anterior, coube ao novo modelo de Estado o dever de abstenção, solidificando-se a idéia de Estado Liberal.

Como costuma acontecer em quebras drásticas de sistemas políticos, administrativos, econômicos e sociais, houve certo radicalismo no que se refere às novas funções do Estado, deixando-se sob a sua responsabilidade a total garantia do exercício dos direitos fundamentais reconhecidos, à época, como direitos de liberdade. Para tanto, deveria o Estado agir de forma negativa, ou seja, abstendo-se de interferir na esfera individual.

Ferraz, em substancioso trabalho sobre a evolução dos direitos fundamentais, retrata com clareza esse período histórico, alinhando-se, nesse particular, aos comentários de Kist:

A Revolução Francesa constituiu a ascensão da burguesia ao poder, que fez prevalecer seus interesses em dar nova formatação ao Estado, então visto como o grande inimigo do indivíduo (leia-se burguês), sedento por livre iniciativa. A denominação própria é Estado Liberal. Sob esta nova lógica surgem os chamados direitos fundamentais de primeira geração, "cuja essência reside na garantia do máximo de liberdade individual, sendo o Estado seu sujeito passivo. O respeito e a garantia de tais direitos passa a ser a condição de legitimidade do ente estatal. Portanto, aí o binômio Estado Liberal e Direitos Fundamentais da Liberdade".³

³ FERRAZ, Fernando. Direitos e Garantias Individuais: a evolução dos direitos pode ser apresentada satisfatoriamente pelo sistema de "gerações de direitos"? **Revista Diálogo Jurídico**. Faculdade Farias Brito. Disponível em: <<http://www.ffb.edu.br>>. Acesso em: 19 jun. 2008.

Contudo, a atuação estatal, então direcionada a garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais pelos indivíduos e submeter-se, no mais, à política mercantilista conduzida pela própria sociedade, somente alcançaria plena efetividade a partir de um movimento constitucionalista, com vistas à juridicização do liberalismo estatal, o que deveria ocorrer a partir de uma separação de poderes do Estado, devidamente consagrada em uma ordem constitucional. Dessa forma, passaria a se conceber o Estado como sujeito de direitos e obrigações, condição essencial para que se lhe pudessem opor os direitos fundamentais. A esse respeito assim se expressa Branco (2002):

Enquanto o Estado se situava para além da ordem jurídica, não lhe era exigível um comportamento com base no direito. Situar o Estado como sujeito de direito, enseja o reconhecimento de uma esfera de autonomia em que os indivíduos são titulares de direitos exercitáveis contra os poderes públicos.⁴

O Estado liberal, adstrito a ações negativas, não-interventivas, mostrou-se, ao longo do tempo, insuficiente para a garantia do bem estar dos indivíduos, na medida em que foram surgindo discrepâncias sociais que abalavam outro direito fundamental paralelo ao de liberdade, qual seja, o direito de igualdade. Com relação aos direitos sociais, entre os quais se inclui a saúde, observa Bonavides (1999) que o Estado Liberal mantinha-se indiferente às necessidades decorrentes das relações sociais. “Ladeava a sociedade do Estado para conservá-la como esfera imune ao universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista”.⁵

Do Estado passam a ser exigidas, portanto, ações positivas, no sentido de assegurar os direitos conhecidos como de segunda geração, entre os quais se incluem a assistência social, à **saúde**, à educação, ao trabalho, ao lazer, entre outros.

Ramos (2001), em seu estudo sobre terceirização na Administração Pública, retrata, em breves linhas, as principais mudanças ocorridas com a transição do modelo de Estado Liberal para Estado do Bem-Estar Social:

Nesse novo Estado, que encontra seu apogeu após a Segunda Guerra Mundial, o Poder Público assume papel relevante na regulação da vida

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; _____. **Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1ª ed. 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 109.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 203-204.

social e econômica, abandonando a neutralidade própria do Estado Liberal de Direito para transformar-se em elemento de justiça social. Ao mesmo tempo que [sic] avança na área da seguridade e garante os direitos dos trabalhadores, torna-se produtor de bens e serviços, atuando no setor elétrico e siderúrgico, criando empresas de mineração, instituições financeiras etc. O Estado passa ainda a prestar, diretamente ou por meio de entidades descentralizadas, um número cada vez maior de serviços públicos.⁶

Com relação à jurisdicização antes mencionada, que se apresenta como forma assecuratória do exercício de direitos subjetivos também em relação ao Estado do Bem-Estar Social, “a transformação é marcada pela substituição das constituições liberais por textos que introduzem os direito sociais, com a Constituição mexicana da 1917 e a Constituição de Weimar de 1919” (Ramos, 2001)⁷.

Seguindo-se a linha evolutiva dos direitos fundamentais e do papel do Estado como seu garantidor, surgem os direitos considerados de terceira geração, os quais se dirigem “[...] à proteção, não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos, sendo direitos de titularidade difusa ou coletiva” (Branco, 2002)⁸.

A propósito do tema do presente estudo, merece destaque a idéia de que o direito à saúde, situado entre os de segunda geração, requer atuação positiva do Estado, de forma igualitária, sendo hoje consagrado como direito subjetivo de todo e qualquer indivíduo, conforme prevê expressamente o art. 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por outro lado, a ordem constitucional admite, paralelamente à prestação direta pelo Estado dos serviços de saúde, a atuação de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, ou de instituições privadas, em caráter complementar ao sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio. É o que se extrai do art. 197, *caput*, parte final e art. 199, § 1º, ambos da Constituição Federal:

⁶ RAMOS, Dora Maria de Oliveira . **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001, p. 25.

⁷ *Ibidem*, p. 24

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas limitações: Breves reflexões. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 111.

Art. 197. 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. (grifou-se)

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. (grifo nosso)

A redação dos dispositivos acima não prima pela clareza e objetividade que deveriam pautá-los, de modo a assegurar-lhes exegese e aplicação insofismáveis. Daí as constantes tergiversações sobre a atuação complementar de que cogita o parágrafo 1º do art. 199 do texto constitucional. Não obstante constar de parágrafo, o qual, pelas técnicas legislativas básicas, deve estar estritamente relacionado ao *caput* do artigo, observa-se que o dispositivo sob enfoque configura, por certo, modalidade diversa de prestação de serviços de saúde quando comparada com a referida no *caput* do artigo em comento, decorrente esta da iniciativa privada.

Entretanto, afastando-se, por oportuno, a interpretação sistemática, em busca dos demais métodos reconhecidos pela ciência do direito, cabe dizer que referido parágrafo refere-se às hipóteses em que as instituições privadas atuam sob a responsabilidade do Estado perante o usuário final do sistema único de saúde.

Para os fins do presente estudo, essa é a situação a qual se passa a denominar terceirização. Por meio dela continua o Estado plenamente responsável pelo serviço prestado, devendo seguir todos os parâmetros legais para a sua promoção, na qualidade de serviço público propriamente e, no que se refere à saúde, de caráter essencial. À iniciativa privada é permitida atuação paralela, também adstrita a normas e princípios inerentes aos direitos à saúde de forma geral, mas sob o manto das relações de consumo, sem qualquer vínculo administrativo com o Estado.

Esclarecida a diferenciação e, a partir daí admitida a terceirização no setor da saúde pública, cumpre delimitar o problema que se propõe enfrentar no presente trabalho: identificar os limites quantitativos, qualitativos ou, ainda, as circunstâncias que devem estar presentes na prestação de serviços de saúde pública por meio de terceirização, de modo a se assegurar a sua legalidade e legitimidade.

Referidos parâmetros reclamam um equilíbrio entre essa possibilidade de terceirização e a preservação do caráter subsidiário ou complementar da atuação privada determinado pelo art. 199, § 1º da Constituição, tendo em vista os princípios, também de índole constitucional e expressamente dirigidos ao Estado, da eficiência (art. 37, *caput*) e o da obrigatoriedade do concurso público para acesso aos cargos públicos (art. 37, inciso II). Além desses, não podem ser olvidados outros parâmetros que, ao menos por via oblíqua, também alcançam respaldo na Constituição e devem nortear a prestação dos serviços públicos, com destaque para o princípio da economicidade e o da eficiência, bem como as limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Na doutrina e na jurisprudência variam os entendimentos, que vão desde a radical inadmissibilidade da terceirização de qualquer atividade-fim relacionada aos serviços de saúde, até a plena aceitação, sem distinção de atividade-meio ou atividade-fim, em geral justificados pela prevalência dos princípios da economicidade e da eficiência antes mencionados.

Delimitado o seu objeto, sistematiza-se o estudo a partir do enfoque conceitual do instituto da terceirização, sua origem e evolução, sua aplicabilidade na prestação de serviços públicos em geral, com destaque para a área da saúde pública.

2 O INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO

2.1 Conceito de Terceirização

A palavra terceirização, mesmo quando veiculada em estudos não voltados especificamente à área jurídica, transmite a idéia de delegação de serviços. O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2001) assim a define, sob o prisma da administração e da economia:

Terceirização - forma de organização estrutural que permite a uma empresa transferir a outra suas atividades-meio, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade-fim, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos e desburocratizando a administração.⁹

Na seara jurídica, além do enfoque acima, o termo e seus derivados são também frequentemente utilizados para designar institutos diversos, tanto de direito processual como de direito material. Citem-se, respectivamente, à guisa de exemplo, o instituto da Intervenção de Terceiros e a figura do responsável tributário.¹⁰

No que concerne propriamente ao Direito do Trabalho e ao Direito Administrativo, segmentos em que o instituto vem sendo mais empregado sob o enfoque da prestação de serviços, vários conceitos podem ser extraídos da doutrina, todos concordantes quanto à idéia de delegação de determinada atividade a pessoa física ou jurídica diversa daquela responsável pelo fornecimento do bem ou serviço final.

Segundo Ramos (2001), terceirização é “[...] um método de gestão em que a execução de uma série de atividades é delegada a outrem, que fornece bens ou serviços a partir de uma relação de parceria [...]”¹¹

Merece destaque, ainda, à vista de seu detalhamento, o conceito apresentado por Martins (2007):

⁹ HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2700.

¹⁰ O responsável tributário é um terceiro em relação ao contribuinte, mas não alheio ao fato gerador.

¹¹ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Op. Cit., p. 54.

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 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 mútua complementariedade [sic].¹²

No caso da Administração, assenta-se a idéia de terceirização no repasse de atribuições a ela afetas, ainda que não jungidas diretamente ao fim a que se propõe a respectiva instituição ou órgão, a entidades de direito privado ou, excepcionalmente, a pessoas não ocupantes de cargos ou funções públicas. Di Pietro (2005), reconhecida estudiosa das parcerias na Administração Pública, assim define o instituto da terceirização quanto relacionado ao Direito Administrativo:

A terceirização, banstante utilizada no âmbito da iniciativa privada, aparece hoje entre os institutos pelos quais a Administração Pública moderna busca a parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Pode-se dizer que a terceirização constitui uma das formas de privatização (em sentido amplo) de que vem se socorrendo a Administração.¹³

Nesse ponto, vale observar que, também no âmbito do Direito Administrativo, o instituto da terceirização pode ser estudado em seu sentido amplo, abrangendo as mais variadas formas de participação do particular na prestação dos serviços públicos, como em seu sentido restrito, consentâneo com os objetivos do presente trabalho. Ramos (2001) reporta-se a essa distinção em seu trabalho e conceitua a terceirização em sentido restrito como aquela em que “o gestor operacional repassa a um particular, por meio de contrato, a prestação de determinada atividade, como mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa de Poder Público”¹⁴.

Os conceitos acima, em ambos os sentidos, revelam a idéia de parceria ou de cooperação, com vantagens para ambas as partes envolvidas. Sobremais, denotam a importância da especialização e, por conseguinte, a necessidade de descentralização de atividades em um processo complexo de fornecimento de bens ou serviços. Daí, o propósito de se abordar a questão da origem e evolução do

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.23.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 228.

¹⁴ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Op. Cit., p.122.

instituto para que se compreenda o significativo aumento de sua utilização, atualmente, seja no âmbito empresarial privado como no setor público.

2.2 Origem e Evolução do Instituto da Terceirização

Partindo-se de uma visão global em termos de atividade empresarial, vale lembrar que a natural evolução da sociedade em todo o mundo, com o conseqüente aumento das necessidades de consumo, desenvolvimento tecnológico em constante ascensão e o próprio crescimento demográfico, reclama um acompanhamento paralelo dos níveis qualitativos e quantitativos de produção de bens e serviços. Da mesma forma, deve o Estado estar sempre se atualizando nesse sentido, a fim de assegurar a plena realização dos direitos subjetivos dos cidadãos a ele oponíveis.

O aperfeiçoamento constante, tanto por parte da iniciativa privada como pelos entes estatais revelou, ao longo da história, a necessidade de especialização e cooperação. Essa necessidade se mostrou consistente, no setor privado, por ocasião da Segunda Guerra Mundial, especificamente na indústria armamentista. Diante do aumento considerável da demanda de armas, as fábricas passaram a trabalhar de forma mais concentrada na linha de montagem, repassando a outras empresas especializadas a produção das peças individuais. Também as concessionárias de veículos passaram a adotar o sistema de terceirização, fortemente, a partir da década de 50, em busca de uma maior produtividade e redução de custos. (Martins, 2007) ¹⁵

Com relação à prestação de serviços a cargo do Poder Público, a necessidade de colaboração e especialização retrocede ao tempo da aspiração por um Estado Intervencionista, não em substituição, mas em acréscimo à sua anterior condição exclusivamente liberal, conforme já comentado no capítulo anterior. Observa-se que, desde então, vem o Estado sendo cada vez mais solicitado, no que

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit. p. 15 et seq.

se refere à plena realização dos direitos fundamentais, em especial os de natureza social.

Veja-se, a propósito, trecho elucidativo de Borges (2004) a respeito do alcance do Estado Intervencionista nos dias atuais:

Pretende o Estado Intervencionista, a um só tempo, *sem deixar de ser capitalista*, a coexistência da propriedade privada, dos meios de produção e da livre iniciativa empresarial, com a intervenção no domínio econômico; a coexistência da intervenção na ordem social, assegurando aos cidadãos a concreção dos princípios e garantias do Estado Social de Direito, com o respeito às liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos. Tudo isto, mediante uma interpenetração do público e do privado, que dilui os contornos da *summa divisio* e se expressa na mão dupla da publicização do direito privado e de privatização do direito público.¹⁶

Não há como se olvidar, portanto, que também a prestação de serviços públicos foi se tornando cada vez mais dependente de parcerias, dentre as quais se encontra a modalidade terceirização. Entretanto, à luz do Princípio da Legalidade, somente por meio de respaldo legal pode-se conceber esse tipo de cooperação entre o setor público e o privado.

No plano normativo tem-se como primeiras referências ao instituto da terceirização no Brasil os Decretos-lei nº 1.212 e nº 1.216, ambos de 1966, que tratavam dos serviços de vigilância bancária. Seguiu-se a esses, ainda dirigido ao setor bancário, o Decreto-lei nº 1.034, de 1969. Um pouco antes, surgem, sob a forma de decreto, regras para o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão-de-obra, revelando que, a partir desse momento, havia licitude na contratação de funcionários por meio das mencionadas agências.¹⁷

Especificamente, no âmbito do setor público, tem-se como marco normativo do instituto o Decreto-lei nº 200/1967. A reforma administrativa introduzida por esse Decreto tinha o objetivo modernizar a administração pública, implantando um modelo dotado de maior flexibilidade e baseado em mecanismos de gestão semelhantes aos do setor privado.

Nos dias atuais, permanece o Decreto-lei nº 200/1967, ainda em vigor em determinados pontos, como diploma legal que admite a terceirização na prestação

¹⁶ BORGES, Alice Maria Gonzales Reflexões críticas sobre o intervencionismo estatal e a realização do estado social de direito na Constituição Brasileira. **Temas do Direito Administrativo Atual (Estudos e Pareceres)**, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.51.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit. p. 15 et seq.

de serviços públicos de uma forma geral, ao lado de outras normas gerais, como o Decreto-lei nº 2.300/1986 e a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Vale destacar a regulamentação específica promovida pelo Decreto nº 2.271/1997, que estabelece as atividades que devem ser consideradas acessórias para fins de execução indireta:

Art. 1º - *Omissis*.

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

Na área da saúde pública, o próprio texto constitucional prevê, expressamente, a possibilidade de utilização de terceiros em parceria com o Estado. É o que diz o art. 197, *caput* e o art. 199, § 1º, já transcritos no Capítulo 1.

Sendo assim, os limites de aplicabilidade do instituto nesse setor devem possuir, também, força constitucional. Identifica-se, como tal, em um primeiro momento, o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, do qual se extrai a obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso como requisito para o acesso aos cargos públicos. Referido princípio alia-se à idéia de subsidiariedade da delegação de serviços públicos a terceiros e, com mais força ainda, quando se trata de saúde pública, diante da expressa natureza complementar que a Constituição confere ao instituto.

Esses parâmetros, obrigatoriedade do concurso público e caráter complementar da atuação da iniciativa privada no sistema único de saúde, devem ser avaliados, ainda, em conjunto com o entendimento doutrinário reinante que somente admite a terceirização de atividades-meio. Definir tais atividades em relação às que devem ser consideradas como atividades-fim, constitui o foco de amplas discussões, conforme se verá a seguir.

Por fim, a par das limitações acima, coloca-se a Lei de Responsabilidade Fiscal, cujo enfoque em torno dos serviços terceirizados de modo geral, aplica-se diretamente à saúde pública.

Por outro lado, a terceirização de serviços públicos, seguindo a linha do Estado moderno cada vez mais especializado, encontra apoio em princípios também de índole constitucional como os da eficiência e da economicidade. Contudo, vale lembrar que o princípio da legalidade estrita, ao qual deve obediência toda e

qualquer atividade estatal, não admite a utilização de terceiros com base, unicamente, nas oportunidades de uma atuação estatal mais eficiente ou econômica.

Verificado, em hipóteses concretas, um conflito aparente de tais normas constitucionais deve-se buscar preservar os seus respectivos núcleos essenciais, conforme análise mais detalhada a ser empreendida na Seção 3.2.

Identificados, pois, os parâmetros de controle da legalidade da terceirização, no setor da saúde pública, passa-se ao debate mais detalhado acerca dos limites da utilização desse tipo de parceria pelo Estado.

3 LIMITES LEGAIS DA TERCEIRIZAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

3.1 Atividades-fim e Atividades-meio

As normas que disciplinam a terceirização de serviços públicos, atualmente em vigor, nem sempre delimitam expressamente as atividades que podem ser terceirizadas. Excetua-se do rol o Decreto nº 2.271, de 1997, que menciona as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações como sujeitas, preferencialmente, à execução indireta art. 1º, § 1º transcrito na Seção 2.2).

A doutrina e a jurisprudência, porém, freqüentemente restringem a incidência do instituto às atividades-meio do órgão ou entidade que optar pela parceria com terceiros, considerando-o inaplicável às atividades-fim da Administração Pública. O inciso III do Enunciado 331 do TST limita, ainda que de forma indireta, a terceirização de serviços às atividades-meio do tomador:

Enunciado 331 – TST

[...] III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/06/1983), de limpeza, bem como a de **serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador**, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação indireta.¹⁸ (grifo nosso)

Para a sistematização do debate que se propõe nessa fase do presente estudo, cumpre revelar, desde já, o nível de abstração de que se revestem os conceitos diferenciadores de atividade-fim e atividade-meio. Confira-se, a propósito, esclarecimento proposto por Delgado (2006):

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e

¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado n. 331. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>> Acesso em 21 jan. 2007.

classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu pertencimento no contexto empresarial econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência dinâmica empresarial do tomador de serviços.¹⁹

Para Martins (2007):

Atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É atividade não essencial da empresa, que não é o seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância etc. Já a atividade-fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada.²⁰

Em que pese o valor das contribuições da doutrina ao tentar definir ambos os termos, percebe-se que os conceitos, em geral, a par dos transcritos acima, recorrem a outros termos, também de caráter altamente subjetivos, como “atividade essencial”, “dinâmica empresarial”, “atividade central”. Sendo assim, nem sempre se consegue precisar as atividades que podem ser consideradas ancilares em relação aos objetivos finais a serem alcançados pelo Estado, no cumprimento de seus diversos deveres. Essa dificuldade foi reconhecida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no julgamento de recurso ordinário, cuja ementa segue transcrita:

TERCEIRIZAÇÃO – ATIVIDADE-FIM – Mais do que superficial, d.v. é o critério diferenciador para a legitimação da terceirização, fulcrado sempre na atividade-meio, mas jamais na atividade-fim. Ora, atividade-meio é o único caminho a se alcançar o objetivo final. Inexiste, em qualquer processo produtivo, atividade-fim específica. O desenvolvimento da produção é composto de elos que se entrelaçam a formar a corrente final do objetivo negocial. Como fator de especialização a somar forças na obtenção de um resultado comum não se pode negar que a terceirização se dê, também, na atividade-fim, desde que em setor autônomo do processo produtivo.²¹

Tratando-se especificamente do setor público, há quem considere irrelevante, diante das substanciosas dificuldades de definição entre atividade-fim e atividade-meio do Estado, a utilização desses conceitos para se alcançar a legitimidade do uso do instituto da terceirização. Confira-se, a propósito, o comentário de Ramos (2001):

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed., 2ª tir., São Paulo: LTr, 2006, p. 440-441.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit. p.136.

²¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 13.812/93. Relator: Juiz Antônio F. Guimarães. Disponível em: <<http://www.trt3.gov.br>>. Acesso em: 23 jan. 2007.

A questão tem sua importância relativizada, no entanto, se, à semelhança do que acontece no setor privado, a discussão ficar restrita à atividade-meio ou atividade-fim de um específico órgão ou entidade pública. A razão da criação de determinado órgão ou entidade, com a delimitação das funções a serem exercidas, é fixada pelo instrumento normativo que lhe dá vida. O Poder Público, a toda evidência, coroando o princípio da legalidade, base de sustentação do Estado de Direito, não poderá afastar-se das diretrizes fixadas pela lei. Para melhor atingir a finalidade pública de sua instituição, no entanto, sem se afastar das funções que lhe foram legalmente atribuídas, observados os instrumentos formais impostos pelo ordenamento jurídico, a princípio parece possível conceber uma terceirização que se confunda com facetas da atividade-fim do órgão ou entidade.²²

Também dignas de destaque, pela objetividade, a posição de Lima (2007), sobre os percalços para se alcançar uma distinção clara entre atividade-fim e atividade-meio:

Na prática, a definição do que pode ou não ser terceirizado pelo simples critério da “atividade-fim X atividade meio” não é tarefa das mais fáceis, principalmente porque a definição da atividade-fim de uma instituição é variável ao longo do tempo, podendo uma tarefa que hoje é desenvolvida diretamente por ela amanhã não mais integrar as atribuições de seus agentes públicos. Por outro lado, existem atividades-meio que, por sua natureza estratégica, não podem ser atribuídas a particular, sob pena de restar prejudicada a segurança e o interesse correlatos.²³

As dificuldades de delimitação das atividades que podem ser terceirizadas aplicam-se perfeitamente à prestação de serviços públicos de saúde a cargo do Estado. Com efeito, diante do complexo de serviços ligados ao setor, muitas vezes prestados de forma multidisciplinar e envolvendo atividades que, à primeira vista, poderiam parecer meramente complementares, nem sempre se consegue precisar a legalidade de determinada delegação, sob a forma terceirizada, partindo-se unicamente do conceito de atividade-fim X atividade-meio.

Avaliem-se, a propósito, os serviços de limpeza e alimentação em unidades de terapia intensiva dos hospitais públicos. Seriam atividades-meio em caráter insofismável? A questão não se apresenta de maneira tão clara, visto que referidos serviços podem ser considerados essenciais ao tratamento do doente para o alcance do objetivo final a que se propõe o Estado, que é a sua recuperação. De outra feita, vale questionar, por exemplo, se as funções afetas à especialidade anestesia devem ser sempre consideradas atividades-fim. Ora, a depender do nível de especialidade em relação à demanda quantitativa e temporal em determinado hospital, não se poderia admitir a terceirização de tais serviços como alternativa

²² RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Op. Cit., p.126.

²³ LIMA, Denise Holanda Costa. **Terceirização na Administração Pública: as cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 64.

mais eficiente e econômica em relação à criação e provimento de cargos públicos ? Segue adiante discussão em torno de situação hipotética envolvendo esse exemplo, à guisa de conclusão do presente trabalho.

Vê-se, portanto, que os conceitos de atividade-meio e atividade-fim não se prestam, por si sós, ao exame da legalidade da terceirização nos serviços públicos em geral, assim como na área da saúde pública. Por isso, vale retomar o propósito já consignado na introdução ao presente trabalho e reforçado no Capítulo 1, acima, quanto à importância de se analisar a questão tendo em conta parâmetros diversos de congruência, buscando-se sobretudo, o equilíbrio entre os princípios constitucionais que regem a matéria.

3.2 A Natureza Essencial dos Serviços Públicos de Saúde e a complementaridade da atuação privada

A par das dificuldades antes suscitadas quanto ao estabelecimento de parâmetros para a atuação privada na prestação de serviços públicos com fundamento nos conceitos de atividade-fim e atividade-meio, cumpre não olvidar a importância de, no caso da saúde pública, adotar-se como premissa primária a sua condição de serviço essencial.

Inicia-se com o conceito clássico de serviço público apresentado por Duguit (1928), considerado o “criador do Serviço Público”. Em breves palavras, o autor o configura como “indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção do governante”²⁴.

Mais detalhada se apresenta a definição de Mello (2004):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por que lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de

²⁴ DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2ª ed., v. 2. Paris: Anciene Librairie Fontemoing, 1928, p.55.

supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesse definidos como públicos no sistema normativo.²⁵

Dos fatores que compõem o conceito de serviço público acima, merece destaque, para os fins do presente estudo o que revela a obrigatoriedade de o Estado assumi-lo como dever próprio, ainda que venha a outorgá-lo a terceiros. No caso da saúde, contudo, o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, justamente por serem considerados essenciais. Há na doutrina quem classifique como estratégicos os serviços de saúde, reservando a categoria de essenciais somente àqueles não passíveis, em hipótese alguma, de terceirização, a exemplo da justiça, segurança interna e externa e demais atividades que implicam restrição a direitos. Nessa linha de entendimento, vale conferir a distinção feita por Ramos (2001), ao cuidar das atividades tidas como estratégicas:

Além dessas atividades essenciais, são identificadas outras, importantes para a definição da qualidade de vida da sociedade, que poderiam ser denominadas de estratégicas: são atividades de **saúde**, educação, saneamento básico, transporte, fornecimento de energia elétrica, telecomunicações. [...] São atividades que, ainda que originariamente não constituam o núcleo essencial do Estado, passaram a ser incorporadas às necessidades de interesse público que a organização estatal deve satisfazer. Sua relevância social justifica que sejam designadas como serviços públicos, a serem geridos, pois, pelo Poder Público.²⁶ (grifo nosso)

Relativamente ao serviço de saúde pública, a expressão “complementar”, contida no art. 199, § 1º, da Constituição Federal, ganha reforço elucidativo também na ordem infraconstitucional vigente. Desse naipe, o art. 24, *caput* da Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde:

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

Sendo assim, previu o Sistema que, otimizada e em pleno funcionamento a capacidade instalada pública de prestação de serviços de saúde, deve o Estado promover o pleno atendimento dos cidadãos nessa seara. Mas sendo essa capacidade insuficiente em determinada área, seria chamada para participar, de forma complementar, a iniciativa privada, com sua própria capacidade instalada, ou seja, com seus médicos, instalações e equipamentos.

Merecem destaque a esse respeito, as considerações de Violin (2007):

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 620.

²⁶ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Op. Cit., p. 124-125.

A *saúde* é um dever do Estado e sua execução deve ser feita pela Administração Pública ou pela sociedade, sendo que uma das diretrizes é a participação da comunidade. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que participa de forma complementar ao sistema único de saúde, com a preferência de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e sendo vedados auxílios e subvenções a empresas com fins lucrativos (artigos 196-199). Na área da saúde fica claro que o Estado deve ser responsável por executar diretamente os serviços, sendo possível, sem a necessidade de concessão ou permissão, que entidades privadas, sejam do mercado (empresas com fins lucrativos) ou do “terceiro setor” (entidades sem fins lucrativos), prestem estes serviços.²⁷

Observe-se que o autor distancia-se, de modo sutil, das observações antes consignadas, no sentido de que a complementaridade a que se refere o art. 199, § 1º, da Constituição Federal, relaciona-se à prestação de serviços de saúde pelo próprio Estado e não à iniciativa privada, cuja atuação se dá, em verdade, paralelamente, sem necessária conotação de complemento. A parte final da citação, contudo, esclarece e reforça a idéia sob enfoque.

Mais incisivo se apresenta o escólio de Fortuna (2001):

A atividade própria da Secretaria de Saúde é aquela inerente à sua instituição, aquela que faz parte da sua natureza, aquela que explica a sua existência, aquela que é indispensável e necessária a sua permanência. **Em outras palavras, a Secretaria de Saúde deve manter serviços de saúde e, basicamente, deve prestá-los com pessoal, equipamentos e recursos próprios.**²⁸ (grifo nosso)

Di Pietro (2005) tece comentário conclusivo a respeito da complementaridade de que se cogita:

É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado (art. 199, § 1º), permite a participação de instituições privadas “de forma complementar”, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde como um todo, de tal modo que o particular assumira a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestada por um hospital público ou por um centro de saúde.²⁹

Daí porque não encontra legitimidade a prática que vem sendo adotada, em alguns estados brasileiros, de transferir toda a administração e o efetivo funcionamento de hospitais públicos à iniciativa privada, em geral a instituições filantrópicas sem fins lucrativos, pretendendo o Estado se retirar da prestação direta dos serviços de saúde. Nesses casos, observa Gonçalves, “não se presta [sic]

²⁷ VIOLIN, Tarso Cabral. As Terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPS e demais entidade do “terceiro setor” – Estado, ordem social e privatização. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, v. 72, ano 6, p. 7-14, dez. 2007, p. 8.

²⁸ FORTUNA, Affonso de Aragão Peixoto. Op. cit. p. 136.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. 243.

serviços de saúde diretamente à população, mas compra-se [sic] tais serviços, que passam a ser prestados somente pela iniciativa privada, sob o argumento de a mesma não ter, no caso, fins lucrativos³⁰. Infelizmente a prática, por vezes, encontra amparo em leis estatuais cuja inconstitucionalidade não chega a ser suscitada perante o Poder Judiciário.

A natureza essencial dos serviços públicos de saúde, que veda ao Estado sua total delegação a terceiros, admitindo a participação desses somente em caráter complementar, conduz à discussão a ser lançada a seguir, sobre os limites dessa participação, considerando-se o possível conflito entre princípios constitucionais aplicáveis ao tema: o princípio que cuida da obrigatoriedade dos concursos públicos em face dos princípios da eficiência e da economia, todos de índole constitucional. Vale dizer: certo que o Estado não pode delegar os seus serviços de saúde integralmente à iniciativa privada; mas, quais seriam os limites dessa outorga quando as justificativas se pautam, também, em princípios de ordem constitucional, os quais, por sua vez, devem ser igualmente atendidos?

Passa-se, então, à abordagem de cada um dos referidos princípios no contexto da sua aplicabilidade à prestação de serviços públicos de saúde por particulares, enfrentando-se, por conseguinte, o possível conflito daí decorrente e a sua, ao menos sugestiva, composição.

3.3 Princípio da Obrigatoriedade do Concurso Público X Princípios da Eficiência e Economicidade

Os serviços de natureza eminentemente pública, também conhecidos como essenciais ou, às vezes, como estratégicos, devem ser prestados, em princípio, diretamente pelo Estado, por meio de agentes públicos admitidos após aprovação em concurso público, conforme exige o art. 37, inciso II, da Constituição Federal. O

³⁰ GONÇALVES, Wagner. In: Conferência Nacional De Saúde - On Line. Parecer sobre terceirização e Parcerias na Saúde. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cns>>. Acesso: em 08 jan. 2008. O autor retrata, entre outras, a situação do Estado do Rio de Janeiro, onde foi editada lei que permite referidas transferências, a par de uma interpretação mais elástica do art. 197, *caput*, da Constituição Federal.

inciso IX do mesmo artigo reforça a idéia de obrigatoriedade do concurso ao relegar a prestação de serviços mediante contratação direta à hipótese exclusiva de necessidade temporária de excepcional interesse público:

Art. 37 [...]

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

A essa altura, vale trazer à baila a distinção entre o instituto da terceirização, sobre o qual se debruça no presente estudo e a contratação direta em caráter temporário acima mencionada. A ausência de vínculo efetivo com a Administração Pública e a noção de precariedade alinham-se como identidade em ambos os casos. A nota principal de distinção decorre da natureza do contrato a ser firmado com vistas ao alcance do objetivo final do Estado, qual seja, a prestação do serviço público por particular, pessoa física ou jurídica.

No caso da contratação a que se refere o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, firma-se entre a Administração e o particular vínculo jurídico de natureza laboral, jungido às normas da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja principal característica se assenta na necessidade excepcional, apta a justificar a contratação direta. Sobremais, impende notar que a Administração, nesses casos, atua na qualidade de empregadora direta perante o particular que vai, efetivamente, desempenhar as funções inerentes ao cargo ou emprego para o qual foi contratado.

Por outro lado, quando se está diante da hipótese de terceirização, no sentido em que vem sendo focado, firma-se entre a Administração e o particular, nesse caso pessoa jurídica de direito privado, contrato de natureza empresarial, conhecido, popularmente, como contrato de prestação de serviços. Não se identifica, necessariamente, a idéia de excepcionalidade, não obstante também presente o fator temporal. Aqui, porém, a Administração não atua na condição de empregador direto do trabalhador que irá lhe servir; contrata empresa interposta, que tem a obrigação de lhe fornecer a mão-de-obra necessária, ficando sob a responsabilidade desta as obrigações trabalhistas³¹. Daí o termo “terceiro” e, como derivado, “terceirização”.

³¹ A doutrina e a jurisprudência tergiversam a respeito dos limites da responsabilidade do Estado nas hipóteses de terceirização de mão-de-obra, com farta discussão em torno do alcance da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e de outras normas atinentes à matéria. Contudo, essa questão, um tanto complexa e passível de constituir tema único de trabalhos acadêmicos, não merece ser aprofundada no presente estudo, na medida em que não interfere, diretamente, na tese

Com relação à obrigatoriedade do concurso público como requisito para o ingresso de servidores ou empregados nos quadros funcionais da Administração, percebe-se que, no caso da contratação temporária, o próprio texto constitucional a excepciona, devendo-se perquirir, em casos de suposta violação, se estão realmente presentes os requisitos de necessidade temporária de excepcional interesse público.

Já nos casos de terceirização, múltiplos fatores, nem sempre identificáveis de pronto, podem caracterizar violação ao princípio do concurso público. Esses fatores apresentam-se, no mais das vezes, de forma subliminar, cujo descortino depende da análise de circunstâncias sujeitas a interpretações complexas na seara jurídica. A pretexto da viabilidade, em tese, de ser contratada empresa interposta para o fornecimento de mão-de-obra para a Administração, outras vantagens escusas e contrárias ao interesse público podem aí se esconder, o que exige dos órgãos controladores exame percuciente e teleológico voltado para cada caso concreto.

Fortuna (2001), em seu estudo sobre a terceirização no sistema único de saúde, faz um parêntese para lembrar a prevalência da prestação direta pelo Estado, por meio de agentes concursados, das atividades a ele atinentes ao dizer que:

A prestação de serviços pelo Poder Público é entendida como aquela conduzida por pessoal permanente, ou seja, admitido por concurso público, conforme a determinação do art. 37, II, da Constituição Republicana. [...] É ao Poder Público que incumbe a prestação de serviços que lhe são próprios, aí incluídos os de saúde (CF, art. 196) e educação (CF, art. 205). **A participação complementar da iniciativa privada só pode se dar segundo as formas e os condicionantes da lei.**³² (grifo nosso)

Jacoby Fernandes (2006) indica caminhos práticos a serem seguidos, de modo a se verificar se determinada atividade pode ou não ser delegada a terceiros não concursados na Administração Pública:

Melhor mesmo é verificar o conjunto de atividades que o empregador, no caso a Administração Pública, definiu como específica dos integrantes do seu quadro de pessoal.

Esse parâmetro é o mais correto, pois:

a) parte da manifestação de vontade dos dirigentes da empresa ou da vontade do legislador, que previamente estruturou o quadro de pessoal,

dos limites da terceirização perante a Administrativa, que abraça momento anterior ao da eventual responsabilização.

³² FORTUNA, Affonso de Aragão Peixoto. Sistema Único de Saúde: alternativas de execução de serviços por terceiros. **Interesse Público**, São Paulo: Notadez, n. 9, p. 135-145, 2001, p. 136.

distinguindo atividades próprias do quadro e por exclusão admitindo-se a terceirização das demais;

b) evita pleitos trabalhistas buscando a caracterização da relação de emprego e equiparação entre empregados da contratada e empregado ou servidor do quadro da contratante;

c) é medida de justiça que não se coloquem, lado a lado, pessoas sujeitas a regime de trabalho e salários diferentes;

d) finalmente torna clara e flexível a possibilidade de transição com a adoção da figura de cargo ou emprego "em extinção", viabilizando o decurso de tempo para adaptação.³³

A orientação do ilustre professor encontra amparo legal no art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/1997:

Art. 1º [...]

§ 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.³⁴

Merecem destaque, ainda, as orientações de Lima (2007), também respaldadas no Decreto em comento:

Na prática, a melhor forma de se estabelecer a possibilidade ou não de terceirização de determinada atividade de um órgão público é através do exame das atribuições definidas, por meio de lei ou ato normativo, para os cargos integrantes de seu quadro de pessoal. As atividades que não estejam expressamente previstas nesse rol, poderão, por exclusão, ser terceirizadas. Essa regra é expressamente positivada no art. 1º, § 2º, do Decreto Federal nº 2.271/97, e vem sendo reforçada em decisões do Tribunal de Contas da União (v.g. Decisão nº 25/2000, Plenário, e Acórdãos nº 564/2003 e nº 657/2004).³⁵

Feitas essas considerações, percebe-se que o princípio da obrigatoriedade do concurso público para acesso aos cargos públicos deve servir de parâmetro para se aferir a legalidade da terceirização em geral e na área da saúde pública. Mesmo à luz das indicações de ordem prática acima consignadas, nem sempre se identificam, objetivamente, as hipóteses de violação do referido princípio. Certo que, se uma determinada norma de caráter organizacional prevê, expressamente, os cargos e respectivas funções que fazem parte da estrutura de pessoal da instituição pública,

³³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Terceirização: restrições e cautelas na aplicação no serviço público. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, n. 58, ano 5, p. 7.843-7890, out. 2006, p. 7872-7873.

³⁴ BRASIL. Decreto Federal nº 2.271, de 07 de julho de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

³⁵ LIMA, Denise Hollanda Costa. As cooperativas de trabalho e a terceirização na Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, n. 62, ano 6, p. 1-137, fev. 2007, p. 22

não se encontram maiores dificuldades em enquadrar a terceirização de tais funções como afrontosas ao princípio da obrigatoriedade do concurso público.

Contudo, nem sempre se dispõe de legislação taxativa nesse sentido, restando ao Administrador a opção discricionária, dentro dos seus limites legais, pela terceirização de determinada atividade. Em geral, a opção não pode prescindir de justificativa capaz de demonstrar a legalidade da exceção ao princípio da obrigatoriedade do concurso público na hipótese concreta.

O Tribunal de Contas da União, conquanto professe entendimento majoritário e consolidado no sentido de não admitir a contratação de terceiros pelos órgãos e demais entidades vinculadas ao Estado para a realização de atribuições semelhantes às previstas no Plano de Cargos e Salários respectivo, manifestou-se de forma mais tolerante quando do julgamento do Processo nº 2.510/2007-0, Relator o Ministro Marcos Bemquerer. Na hipótese, pretendia o Conselho Regional de Administração do Estado do Rio de Janeiro – CRA/RJ contratar escritório de advocacia para que disponibilizasse dois advogados e dois estagiários para atuar nas instalações da contratante, em tempo integral, e de um advogado, com ao menos dez anos de experiência profissional, para a prestação de consultoria jurídica diretamente ao Plenário e à Diretoria Executiva do Conselho. O eminente Ministro Relator teceu considerações distintas em relação às duas pretensas formas de contratação, quais sejam, a atuação de advogados e estagiários em tempo integral e a atuação esporádica e de natureza consultiva de advogado com experiência profissional. Vale transcrever trechos do voto do Ministro Relator que revelam os tênues, mas eloquentes fundamentos da distinção:

[...] 6. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que os conselhos de fiscalização do exercício profissional, por terem natureza autárquica, estão obrigados à realização de concurso público para a contratação de pessoal, ainda que sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.[...]

7. Não obstante, este Tribunal tem reconhecido, de forma pacífica, a possibilidade de execução indireta das atividades acessórias ou instrumentais aos assuntos que constituem área de competência legal dos Conselhos de Fiscalização Profissional.

[...]

9. No caso em exame, cumpre indagar se os serviços de advocacia que o Conselho Regional de Administração do Estado do Rio de Janeiro pretende contratar podem ser considerados atividades acessórias à sua atuação. Tais serviços, consistem, basicamente, em:

- serviços de natureza judicial-contenciosa, ou seja, a representação ativa e passiva do Conselho em ações instauradas perante o Poder Judiciário;

- serviços de natureza jurídico-administrativa, notadamente quanto aos processos de registro profissional e de fiscalização de pessoas físicas e jurídicas (Lei n. 4.769/1965), bem como em processos licitatórios em fases interna e externa;

- serviços de consultoria jurídica diretamente ao Plenário e à Diretoria Executiva (assuntos da mais alta relevância gerencial da entidade), especialmente para implementação ou defesa de ações judiciais de grande relevância para o Conselho.

10. Percebo que as duas primeiras atividades podem ser concebidas como complementares ao funcionamento do referido Conselho de Administração. Nada obstante haver nos quadros do CRA/RJ o cargo de advogado, considere que este fato, por si só, não afasta a possibilidade de terceirização de serviços advocatícios. Verifico que a estrutura administrativa do Conselho é assaz enxuta, contando com apenas um advogado. Assim sendo, poder-se-ia indagar se seria mais adequado aumentar o número de advogados nos quadros do Conselho ou terceirizar os serviços. (grifo nosso)

[...]

12. Com relação à possibilidade de eventual caracterização do vínculo empregatício nos contratos de prestação de serviços, alegada pela unidade técnica, entendo que este fato não deve excluir, por si só, o cabimento desse tipo de contratação. Caso contrário, estar-se-ia aniquilando por inteiro um instrumento gerencial para evitar o seu uso incorreto. Para preservar os benefícios dessa forma de contratação, que está diretamente associada à diminuição do peso da estrutura administrativa, cabe aos órgãos contratantes afastar, no caso concreto, o vínculo direto, evitando a pessoalidade e a subordinação na prestação do serviço. Desse modo, não prospera a tese de que os serviços deveriam ser atribuídos a advogado integrante dos quadros da Contratante, recrutados mediante concurso público.

Contudo, ao analisar as atribuições que seriam impostas ao advogado com experiência profissional, manifesta-se o Ministro da seguinte forma:

13. Cumpre, no entanto, ressaltar que a terceira atividade objeto do certame – contratação de advogado-sênior, com dez ou mais anos de experiência profissional, com disponibilidade de comparecimento a todas Sessões Plenárias do CRA/RJ e, eventualmente, à Sede do Conselho para prestar consultoria jurídica diretamente ao Plenário e à Diretoria Executiva – não pode ser concebida como complementar ao funcionamento do referido Conselho de Administração, razão pela qual me parece desarrazoada a terceirização. Entendo que estas atividades são de cunho precipuamente estratégico, devendo ser realizadas, portanto, pelo advogado constante dos quadros do Conselho. Assim, a utilização de profissional terceirizado para o exercício dessas funções pede ser considerada burla ao instituto do concurso público.³⁶

O voto revela a importância de ser a legalidade da terceirização avaliada em cada caso concreto, tendo em vista a alta subjetividade dos termos conceituais que envolvem o instituto, tais como atividade-fim, atividade-meio que, nem sempre, guardam correspondência com a periodicidade com que são realizadas. Observe-se,

³⁶ BRASIL – Tribunal de Contas da União. Processo nº 2.510/07. Representação. Interessados: Conselho Regional de Administração do Estado do Rio de Janeiro – CRA/RJ e Rocha Calderon e Advogados Associados. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Disponível em: <<http://tcu.gov.br>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

a propósito, a sutileza dos argumentos expendidos pelo eminente Ministro. Conquanto tenha admitido o caráter permanente das atividades que seriam atribuídas aos dois advogados e aos dois estagiários que ficariam inteiramente ao dispor do Conselho, em contraposição ao caráter eventual dos serviços a serem prestados pelo advogado sênior, houve por bem considerar aquelas e não estas passíveis de terceirização.

A despeito das dificuldades em comento e do posicionamento acima destacado, cumpre transcrever trechos de outro acórdão recente do Tribunal de Contas da União que reflete o entendimento majoritário da Corte sobre o tema. Trata-se do julgamento do Processo nº 14.915/2007 que apreciou contrato firmado entre a Eletronorte e a empresa Bernacom, tendo por objeto a contratação de empresa para a prestação de serviços técnicos administrativos para apoio à implantação/expansão dos empreendimentos sob a responsabilidade da Superintendência Regional de Engenharia do estado do Amapá.

O ilustre Ministro Relator, Benjamin Zymler, transcreve em seu relatório trecho da análise empreendida pelo órgão técnico do Tribunal que indica a impropriedade da terceirização pretendida:

[...] 4.1.5 É possível que a Eletronorte Macapá esteja contratando serviços terceirizados para execução de atividades inerentes aos quadros próprios da entidade. Esta prática há muito é combatida e já conta com vasta jurisprudência no TCU. Nesse sentido apresentamos excerto do voto do Ministro Marcos Vilaça, que acompanhou o Acórdão 2.085/2005-TCU-Plenário:

'A terceirização de serviços na Administração Pública vem merecendo a atenção desta Corte de Contas já há algum tempo. A preocupação maior é a possibilidade de violação à exigência constitucional de concurso público para a contratação de servidores. Assim é que o Decreto nº 2.271/97, aplicável à administração direta, autárquica e fundacional, veda a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, ressalvada expressa disposição legal em contrário (art. 1º, § 2º). Com relação às empresas estatais e sociedades de economia mista, tem prevalecido nesta Corte entendimento coincidente com o expresso naquele Decreto, no sentido de que a terceirização é legítima, desde que não implique a execução de atividades inerentes aos quadros próprios dessas entidades'.

E, ao final, profere seu voto nos seguintes termos:

15. A esse respeito, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a contratação de prestação de serviços para a execução de atividades inerentes à atividade-fim da administração ou às suas categorias funcionais caracteriza terceirização indevida de atividades exclusivas dos servidores efetivos, com afronta à exigibilidade constitucional de concurso público nas admissões (CF, art. 37, II), e não se justifica nem mesmo em razão da

existência de déficit de pessoal (v.g. Acórdãos nºs 593/2005-1ª Câmara, 256/2005-Plenário e 341/2004-Plenário).

16. Assim sendo, em que pese a terceirização referir-se à contratação de 5 (cinco) profissionais e não de 60 (sessenta) como se supunha, o argumento de que os serviços teriam caráter temporário não pode ser acatado, mormente em relação aos serviços de acompanhamento de atividades de construção civil.

17. Como ficou demonstrado, trata-se de serviços inerentes às atividades da estatal, pois possui em seus quadros o cargo de Técnico Industrial de Engenharia I com a função de Técnico de Edificações, tendo sido formado cadastro reserva com 5 (cinco) profissionais [...].³⁷

Por outro lado, mesmo quando determinado o cargo faça parte da estrutura de pessoal, circunstâncias outras podem ser invocadas em defesa da terceirização. Como exemplo, situações em que se possa demonstrar, de forma inequívoca, que a terceirização, no caso concreto, atende ao princípio da eficiência e da economicidade que devem, também, pautar a prestação de serviços públicos.

Estar-se-ia, então, diante de um conflito entre parâmetros aptos a sinalizar a opção de que se cogita. De um lado, deve-se assegurar a prestação direta pelo Estado, por meio de seus agentes concursados, dos serviços de saúde, sobretudo quanto às atividades-fim do setor; de outro, contudo, deve-se buscar a máxima eficiência na prestação desses serviços, sob pena de restar frustrado o seu objetivo principal que é o de proteção à vida. Certo que a saúde constitui bem indisponível e frágil quando abalada, não sujeita, portanto, à espera de ajustamentos próprios da seara administrativa, seja sob a ótica de instalações e equipamentos, seja pelo lado da disponibilidade de profissionais devidamente qualificados. O fator econômico, por sua vez, conquanto não possa ser concebido como prioritário em situações emergenciais, traz reflexos consideráveis, a longo prazo, incorporando-se às políticas públicas do setor.

Por isso que não basta ao órgão de controle da legalidade e legitimidade da atuação do Estado simplesmente considerar ilícita a terceirização de determinada atividade, ao argumento de que ela se insere nas finalidades precípuas do setor. Deve referido parâmetro ser confrontado com outros fatores reais de limitação da prestação direta pelo Estado dos serviços em questão em cada caso sujeito à sua jurisdição.

³⁷ BRASIL – Tribunal de Contas da União. Processo nº 14.915/07. Representação. Interessados: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte e Bernacom LTDA. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: <<http://tcu.gov.br>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

Recordem-se, a propósito, as dificuldades de definição de atividade-fim e atividade-meio como justificativas para efeito de terceirização no setor público, as quais, aliadas aos parâmetros acima mencionados, eficiência e economicidade, podem afastar a violação ao princípio da obrigatoriedade do concurso público em determinadas situações excepcionais.

Ao estudar, especificamente, a possibilidade de terceirização de atividades-fim na área da saúde pública, Brum (2004) recorre aos princípios sob enfoque para justificá-la. Segundo o autor, “outro ponto no qual residem fundamentos a tal tipo de contratação é a observância do ‘princípio da economicidade’ e, por que não dizer, da ‘eficiência’ anexado à Constituição Federal através de emenda, e que norteiam a Administração Pública”³⁸.

O autor transcreve trecho do Parecer nº 03/1997, exarado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, como subsídio à sua tese:

O extenso laborioso trabalho sob o título ‘A terceirização no serviço público’, de autoria de César Miola – Auditor Público Externo, em auxílio ao Programa de Orientação às Administrações Públicas, promovido pelo TCERS, constitui-se em valorosa referência no tema, porquanto amplia o debate em torno da terceirização dos serviços públicos. Ao lado de visualizar regimes de execução, examina a ingerência do direito do trabalho, do direito administrativo e sinaliza para *áreas específicas por onde a Administração poderá terceirizar* (g.n.); lembrando, assim, a limpeza pública, a da saúde, a educação, oferece o mesmo autor destaque especial às cooperativas de trabalho. **O desafio do direito público é fazer com que, dentro da lei, o interesse da coletividade seja melhor atendido (g.n.), através da prestação de serviços eficientes, mais ágeis e menos onerosos as cofres públicos (em outras palavras, aos cidadãos)**³⁹. (grifo nosso)

Sob o ponto de vista jurídico, há que se enfrentar a matéria, portanto, sempre de forma ponderada. Mendes (2002), expoente consagrado em lições sobre conflito de normas constitucionais, ensina que, ao se tratar de direitos fundamentais, deve-se preservar, sempre, o núcleo essencial de cada qual. Trata-se de uma busca dos limites imanentes ou do “limite dos limites”. Ao abordar as diferentes posições dogmáticas sobre a proteção do núcleo essencial, esclarece, citando Maunz:

Os sectários da chamada *teoria relativa* (“*relative Theorie*”) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da

³⁸ BRUM, Alexandre. A Terceirização das Atividades-fim na Área de Saúde. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo: NDJ, n. 9, ano XVII, p.629-635, set. 2004, p. 632.

³⁹ Ibidem, p.

proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação.⁴⁰

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é farta no sentido de ser o método da ponderação, aplicado em cada caso concreto, o melhor para se solucionarem conflitos entre direitos ou princípios de natureza constitucional. Confira-se, a propósito, o escólio do Ministro Celso de Mello, a partir do trecho a seguir transcrito, cuja repetição Sua Excelência empreende em vários julgados que tratam do tema:

Entendo que a superação dos antagonismos existente entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "hic et nunc", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, que deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais [...]⁴¹

No caso da saúde pública, deve-se, portanto, analisar cada caso concreto de delegação a terceiros que possa suscitar dúvidas acerca da sua legalidade, sob o prisma da proporcionalidade, preservando-se a essência de cada um dos princípios em conflito. Assim, quando o Estado se propõe a justificar determinada terceirização não delimitada objetivamente nos parâmetros legais sob o fundamento da economicidade e da eficiência, cabe buscar, no caso, o equilíbrio entre os dois princípios sob enfoque e aquele que determina a atuação privada na saúde pública, estritamente em caráter complementar, decorrente de previsão constitucional expressa.⁴²

Há posições divergentes na doutrina a respeito dos limites de aplicação de cada um dos princípios em conflito.

Fortuna (2001) entende que "a prestação de serviços de saúde constitui dever do Ente Público, admitida a participação complementar das instituições privadas. **Se a alternativa de admitir entidades privadas como parceiras se mostrar mais eficaz e mais econômica, deve ser utilizada.**"⁴³ (grifo nosso)

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit. p.244.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23469-4. Ministro Celso de Mello. Partes: Conselho Federal de Farmácia - CFF e TCU. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>: Acesso em: 20 jun. 2008.

⁴² Pode-se citar como exemplo ilustrativo, a terceirização de todo o serviço laboratorial de um determinado hospital ou centro de saúde, sob o argumento de que essa forma de atuação traria vantagens ao Estado em termos de economia e eficiência, revelando-se, para tanto, dados estatísticos.

⁴³ FORTUNA, Affonso de Aragão Peixoto. Op. cit. p.138.

Na mesma linha, vale transcrever a calorosa defesa da terceirização dos serviços públicos de saúde, com base na prestação eficiente desses mesmos serviços, apresentada por Villela Souto (2001):

A Constituição da República, em seu artigo 196, estabelece que a saúde é direito do indivíduo e dever do Estado, a quem cabe, pois, prover os meios para o atendimento do interesse público, construindo e mantendo hospitais, provendo-os de equipamentos, recursos humanos e material de serviço. Ao indivíduo pouco interessa se o hospital está situado em imóvel próprio do Estado, se foi construído por execução direta ou através da contratação de terceiros, ou se os medicamentos são produzidos por fábricas estatais ou privadas, nacionais ou estrangeiras, o mesmo se podendo dizer relativamente ao vínculo jurídico que une o Poder Público da União, dos Estados ou dos Municípios aos serviços e recursos humanos voltados para a concretização das ações de saúde. Importa sim, assegurar acesso universal igualitário e oportuno às ações e serviços e, acima de tudo uma atuação eficaz, eis que é direito de todos uma adequada prestação de serviços públicos.⁴⁴

Há autores, porém, que se posicionam radicalmente contra os fatores acima como viabilizadores da terceirização. Dentre eles, destaca-se Machado (2006), para quem somente se justifica a terceirização para a execução de atividades eventuais por natureza, refutando os argumentos baseados nos parâmetros de economicidade e eficiência.

Eis o seu comentário:

Os que defendem a terceirização nos serviços públicos geralmente argumentam com a acomodação do servidor público, que, cheio de direitos, não se dá ao trabalho. Ganha muito e trabalha pouco. Daí decorreria a ineficiência dos serviços públicos. O argumento é aparentemente consistente. Só aparentemente. Embora em alguns casos realmente exista acomodação do servidor público, essa acomodação pode ser evitada por outros meio, inclusive com a mudança da legislação, se for o caso. Aliás, a prática nos tem mostrado que a terceirização não elimina o problema, além de criar outros, como certa irresponsabilidade de terceirizado que não se sente comprometido com o serviço exatamente por que não tem com ele laços permanentes. [...] Proibir a terceirização da mão de obra nos serviços público é fortalecer nossas instituições. Atribuir as atividade do Estado aos seus servidores, titulares de cargos acessíveis a todos os cidadãos mediante concurso público, é outra forma de fortalecer nossas instituições. Na verdade a terceirização nos serviços públicos é uma porta escancarada para a corrupção, além de amesquinhar uma das maiores conquistas da cidadania brasileira que é a exigência do concurso para ingresso no Serviço Público.⁴⁵

Os estudiosos mais ponderados, por sua vez, procuram sempre subordinar, em certa medida, a terceirização dos serviços de saúde, admitida no texto

⁴⁴SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4ª ed, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 386.

⁴⁵MACHADO, Hugo de Brito. Terceirização nos Serviços Públicos. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**. n. 82, ano 7, p. 11-14, out. 2006, p.14.

constitucional, ao princípio da legalidade estrita, cedendo espaço relativo às justificativas amparadas na eficiência e na economia.

Melo (2006) lembra que a “participação de entidades privadas nas atividades de interesse público, em quaisquer de suas formas, requerem uma atenção especial por parte da Administração Pública, sob pena de se ultrapassar o limiar da legalidade e o da responsabilidade na gestão dos recursos da sociedade”⁴⁶.

Os princípios da eficiência e da economicidade vêm sendo amplamente invocados como apanágios do Estado neoliberal, cuja atuação, para os que o exaltam, deve ser subsidiária. O princípio da subsidiariedade traz consigo a idéia de primazia da iniciativa privada sobre a iniciativa estatal e, ainda, da limitação à intervenção estatal. Nesse contexto, quando se cuida de serviços de saúde, ganham relevo os defensores da terceirização. Para eles, deveria o Estado, também na área da saúde (e não só na de segurança e relações exteriores), ao invés de atuar sob o manto da primazia, como ente soberano, deveria fomentar e estimular a prática de ações pelos entes privados. Tal postura permitiria ao Estado, no caso a República Federativa do Brasil, acompanhar o irretratável avanço dos anseios da sociedade intimamente vinculados ao fato da globalização.

Mais uma vez, vale invocar a importância de se aplicar com temperamento os princípios expressos na Constituição Federal, de modo a adequá-los à realidade atual, de onde advém outros que, embora não escritos no texto, não podem ser desprezados.

Jungida à idéia de subsidiariedade está a de parceria entre o público e o privado e, a partir daí, retoma-se o ciclo de ponderações: a Constituição Federal atribui ao Estado a prestação da assistência à saúde, erigindo-a a serviço de natureza essencial ou estratégica, permitindo-lhe invocar a atuação privada somente em caráter complementar; sendo assim, o Estado deve atuar, nessa seara, prioritariamente, por meio de seus agentes concursados, em atenção ao princípio insculpido no art. 37, inciso II, do texto constitucional; referido princípio traduz-se em direitos fundamentais dos cidadãos perante o Estado, tais como a impessoalidade, a moralidade e o amplo acesso aos cargos públicos. De outro lado, tem-se que o Estado deve prestar assistência à saúde de forma eficiente e econômica, sob pena

⁴⁶ MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de Pessoal no Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 84

de não alcançar a efetiva proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, de forma ampla e igualitária. Daí a necessidade de se ponderarem as limitações impostas pelo princípios do concurso público e da complementaridade da atuação privada na área de saúde, com o da eficiência e o da economicidade, atributos do Estado subsidiário, único apto, frente à atual realidade globalizada, a atender satisfatoriamente os anseios da sociedade.

Medina, por outro lado, demonstra postura incisiva em defesa do Princípio da Subsidiariedade que, se acolhida para o setor de saúde, acaba subvertendo a ordem constitucional vigente:

O princípio, privilegiando a liberdade e responsabilidade individual, propugna que a sociedade tem condições de resolver, ela própria, através de seus membros e de suas organizações não políticas, um grande número de problemas de forma mais eficiente e menos custosa que o Estado, que só deve agir quando a iniciativa privada for insuficiente.⁴⁷

Do mesmo naipe são as considerações de Modesto, citadas por Aragão (2007):

Como observa PAULO MODESTO, “na verdade, a participação de entidades privadas na prestação de serviços sociais, autorizada expressamente pela Constituição (v.g., arts. 199,202,204, I; 209,216,§ 1º; 218,§ 4º; 225), não apenas é pragmática como pode ser percebida como uma das respostas conseqüentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado não tem efetivamente condições de monopolizar a prestação de serviços sociais de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, preferencialmente instituições ‘públicas não estatais’ (pessoas privadas de fim público, sem fins lucrativos), consoante diferencia a própria Constituição (CF, art. 199, § 1º), sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Nestes casos, não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas ou negar o direito fundamental à saúde, à educação, à defesa do meio ambiente, à pesquisa científica e tecnológica. O Estado não deve nem pode demitir-se da responsabilidade de assegurar e garantir direitos sociais: quando não executar, deve fomentar ou financiar diretamente a execução de serviços sociais necessários à coletividade. O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com mecanismos de parceria ágeis para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos”.⁴⁸

Mais tranqüilo é o entendimento de Violin (2006) sobre o princípio da subsidiariedade, como forma de assegurar maior eficiência ao Estado na qualidade de prestador de serviços públicos. A par de exaltar a retomada desse princípio nos tempos atuais, não deixa de reconhecer que, quando o Estado fomenta a iniciativa

⁴⁷ MEDINA, Paulo. **O Princípio da Subsidiariedade**. Disponível em: <bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 19 jun. 2008.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 677.

privada, aplicando o princípio da subsidiariedade, não pode ultrapassar os rigorosos limites da razoabilidade e da excepcionalidade⁴⁹. Vale extrair daí a idéia de que os princípios que regem a Administração Pública devem ser ponderados quando da opção pela terceirização de serviços públicos, sobretudo os de caráter essencial como os de saúde.

Consideradas as opiniões acima, tem-se como mais condizente com o princípio da legalidade estrita, a real ponderação, em cada caso concreto, sobre os limites de cada princípio que disciplinam o direito fundamental à saúde pública. Sobressai razoável, portanto, em busca desse equilíbrio, considerar que, mesmo nas hipóteses em que o Estado venha a fundamentar a terceirização de serviços de saúde com base na economia e eficiência, não se pode olvidar a ordem constitucional expressa que a admite somente em caráter complementar. Por conseguinte, pode-se considerar, dentro dos limites da complementariedade, a terceirização de atividades-meio objetivamente definidas. Já no caso da delegação de atividades-fim, relacionadas à prestação propriamente de assistência pública à saúde, deve ela se restringir a situações justificadas por meio da incidência paritária dos demais princípios estudados.

3.3.1 Breves considerações sobre a participação das cooperativas no seguimento da terceirização de mão-de-obra.

Ao lado das contratações de empresas interpostas para a prestação de serviços públicos cumpre mencionar modalidade específica de terceirização que vem sendo amplamente utilizada pelo Poder Público, como justificativa para uma atuação moderna, ao encontro das atuais idéias de Estado subsidiário. Trata-se da utilização de cooperativas de trabalho.

Conquanto se possam colher algumas experiências de sucesso, ao menos sob o ponto de vista da eficiência e da economicidade, na utilização desse meio de

⁴⁹ VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 66.

terceirização, certo é que, muitas vezes, tem ele servido como mais uma forma de a Administração justificar certas contratações sem a realização de concursos públicos.

Dos inúmeros conceitos de cooperativa de trabalho disponíveis na doutrina, merece destaque o apresentado por Mauad (2001), por englobar os principais fatores que caracterizam o instituto:

São cooperativas de trabalho as organizações formadas por pessoas físicas, trabalhadores autônomos ou eventuais, de uma ou mais classes de profissão, reunidos para o exercício profissional em comum, com a finalidade de melhorar a condição econômica e as condições gerais de trabalho dos associados, em regime de autogestão democrática e de livre adesão, os quais propõem-se a contratar e a executar obras, tarefas, trabalhos ou **serviços públicos** ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns.⁵⁰

O Código Civil atual, no parágrafo único do art. 982, reconhece como sociedade simples a natureza jurídica das cooperativas e trata mais especificamente sobre essa modalidade societária nos artigos 1.093 a 1.096. O Código dita as normas gerais e recepciona, naquilo que não lhe contrarie, a Lei nº 5.764/7 que “define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas e dá outras providências”. As cooperativas são sociedades sem fins lucrativos e não mantêm vínculo trabalhista com os cooperados pelos serviços por eles prestados.

Dessa ausência total de vínculo se extrai a condição de mera intermediadora dos cooperados para fins de melhorias das suas condições de trabalho. Por outro lado, os cooperados, a despeito de também não terem vínculo funcional direto com a Administração, prestam seus serviços em estabelecimentos dessa, com a utilização de recursos públicos e terminam por acatar as determinações do superior hierárquico tomador do serviço. Todos esse fatores se encaixam perfeitamente nos conceitos de cargos ou empregos públicos cujo preenchimento depende de prévia aprovação em concurso.

Confira-se, nesse sentido, o que diz Frederico Melo:

As contratações de cooperativas de trabalho pela Administração Pública, apesar de não vedadas pela legislação, têm-se mostrado impróprias, uma vez que, na realidade, configuram-se locação de mão-de-obra disfarçada, onde os sócios ou cooperados são verdadeiros empregados agenciados para o trabalho no serviço público, sob subordinação direta dos contratantes

⁵⁰ MAUAD, Marcelo José Madeira. **Cooperativas de Trabalho: sua Relação com o Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 77.

dos serviços, fato que afronta, além de outros, o princípio constitucional do concurso público.⁵¹

Ao exercer seu mister de controle externo, especificamente na área da saúde pública, manifestou-se o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, contrariamente à utilização de cooperativas de trabalho como meio de terceirização dos respectivos serviços:

Tratando-se a Saúde de atividade-fim da administração pública, revela-se inadequada e inconstitucional a contratação de agentes para o Programa Saúde da Família mediante contratação de COOPERATIVAS. A terceirização só será legal quando se tratar de atividades-meio da administração, a exemplo dos serviços de limpeza e vigilância. Optando pelo recrutamento através de cooperativas, o administrador ficará sujeito a todas as sanções decorrentes da admissão irregular de servidores públicos (Decisão TCE/PE nº 1433/01).⁵²

A contratação de profissionais para operacionalização do programa agentes comunitários de saúde (PACS), o qual se insere no cerne do próprio Sistema Único de Saúde – SUS, deve-se dar por concurso público ou contratação por prazo determinado, nos termos do artigo 37, II e IX, da Constituição Federal, sendo inadequada e inconstitucional a contratação mediante Cooperativas (Decisão TCE/PE nº 0942/93).⁵³

De fato, além de todas as circunstâncias já mencionadas como limitadoras da terceirização, no âmbito da prestação de serviços públicos, cabe concluir que a contratação de cooperativas de trabalho por parte do Estado, para o desempenho de atividades que lhe são inerentes, sejam da área meio ou fim, encontra óbice adicional, qual seja, a inexistência de vínculo de subordinação entre os cooperados e a cooperativa.

A ausência de que se cogita abre margem à caracterização de afronta ao princípio do concurso público, na medida em que os cooperados acabam atuando mediante subordinação dos agentes públicos, acatando suas ordens e utilizando meios de produção próprios do Estado. A doutrina em geral concebe esse vínculo como fornecimento ou aluguel de mão-de-obra, erigindo a sua ilicitude à ordem legal, porquanto expressamente vedadas, pelo art. 4º, inciso II, do Decreto Federal nº 2.271/97 as contratações no âmbito da Administração Pública que tenham como objeto o fornecimento puro e simples de mão-de-obra.

⁵¹ MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de Pessoal no Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.78-79.

⁵² PERNAMBUCO. Brasil. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.tce.pe.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

⁵³ PERNAMBUCO. Brasil. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.tce.pe.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

4 A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

As considerações traçadas no Capítulo anterior, acerca dos limites da terceirização no setor público, em especial na área da saúde pública, guardam estreita relação com as diretrizes traçadas pela Lei Complementar nº 101/00, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere às restrições impostas ao Estado para gastos com pessoal.

Silva (2003), Procuradora do Município de Fortaleza, bem coloca a questão, referindo-se à Lei de Responsabilidade Fiscal como mais um instrumento regulador das atividades estatais terceirizadas, no que concerne à prestação de serviços públicos:

Ao lado dos requisitos já conhecidos como limitadores à adoção das terceirizações na Administração Pública, a exemplo de somente se prestarem para a execução de atividades-meio, com a edição da LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/00 –, surgiu mais uma restrição, agora de ordem contábil.

É que tanto o art. 18, § 1º, como o art. 72 da LRF, trazem normas que fixam limites às despesas da Administração Pública com contratos de terceirização de mão-de-obra e com serviços de terceiros, respectivamente, controlando as terceirizações através de normas sobre finanças públicas.⁵⁴

O tema tem sido alvo de debates intensos a respeito de quais serviços terceirizados devem ser incluídos nos limites das despesas do Estado com pessoal. A questão reside em descortinar o alcance do § 1º do art. 18, que se refere a contratos de terceirização de mão-de-obra, quando analisado em conjunto com os ditames do art. 72, ambos da referida Lei, o qual, por sua vez, faz menção à “despesa com serviços de terceiros” de forma genérica, sem discriminação das espécies de serviços:

Art. 18. Para efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e membro de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de

⁵⁴ SILVA, Lia Sampaio. Terceirização na Administração Pública e os Limites às Despesas com Serviços de Terceiros e Mão-de-Obra previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza**, v. 11, ano 9, 2003 (completar)

qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º **Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados público serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.** (grifou-se)

Art. 72. A despesa com **serviços de terceiros** dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 não poderá exceder, em percentual da receita corrente líquida, a do exercício anterior à entrada em vigor desta Lei Complementar, até o término do terceiro exercício seguinte. (grifo nosso)

Preliminarmente, cumpre ressaltar que os propósitos do presente estudo prescindem da abordagem dos aspectos de ordem contábil mencionados no art. 72 acima transcrito, tais como “receita corrente líquida” e fórmulas de cálculos das despesas em função da periodicidade, considerando-se os termos “exercício anterior” e “exercício seguinte”.

Com efeito, importa aqui o debate jurídico acerca das tergiversações em torno dos serviços terceirizados que devem entrar no cálculo do limite dos gastos com pessoal imposto ao Estado pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Desde a sua entrada em vigor, posicionamentos antagônicos foram se apresentando, tanto em sede doutrinária como em decisões dos Tribunais pátrios e das Cortes de Contas. Correia (2001) entende que as verbas de terceirizações de mão-de-obra, sem especificá-las, não devem ser incluídas na base de cálculo das despesas gerais com pessoal. A seu ver, o termo “serão contabilizados”, constante do § 1º do art. 18 acima transcrito, não significa somatório, mas apenas discriminação para fins de escrituração contábil.⁵⁵

Conclui a autora:

O que não se pode é, em razão do uso artificioso do instituto jurídico da terceirização por alguns Entes da Federação, responderem fiscalmente todos os demais, com a inclusão – desarmoniosa com o bom direito – destas despesas no rol dos gastos passíveis de limitação e, conseqüentemente, de penalização da unidade federativa.⁵⁶

No mesmo sentido, posiciona-se Jacoby Fernandes (2006):

A Lei de Responsabilidade Fiscal, após definir, no *caput* do art. 18 o que deveria ser enquadrado como “despesa de pessoal” para fins de aplicação dos limites definidos nos artigos 19 e 20, estabeleceu regras próprias para a **contabilização** da terceirização de mão-de-obra. Desse modo, ao contrário do que pretenderam inicialmente sustentar, **esse tipo de despesa não**

⁵⁵ CORREIA, Arícia Fernandes; FLAMMARION, Eliana Pulcinelli; VALLE, Vanice Regina do. **Despesa de Pessoal: a chave da gestão fiscal responsável**. Rio de Janeiro: Forense, 2001 p. 71.

⁵⁶ *Ibidem*, p.72

integra os valores gastos com pessoal para fins de limite; devem ser contabilizados em separado.⁵⁷ (grifo nosso)

A par de sua reconhecida notoriedade como estudioso do Direito Administrativo, vale detalhar as idéias que o conduziram ao entendimento acima, a partir de uma interpretação do § 1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

A dificuldade maior, porém, foi essa nova qualificadora “que se referem à substituição de servidores e empregados públicos”. Como regra, a terceirização de serviços pode ou não estar substituindo servidores, ou seja, o uso de terceirização não quer dizer necessariamente que se está substituindo empregados ou servidores. É necessário para definir se tal ocorre conhecer três fatores fundamentais:

- objeto do contrato;
- a finalidade da instituição que toma o serviço;
- a definição de tarefas do quadro de pessoal.

A simples substituição de servidores por contratados mediante terceirização é ilegal. O que não é ilegal é que a Administração Pública transfira para o particular a execução de um serviço – a atividade inteira – para o qual esteja utilizando servidores ou empregados públicos; não se estará trazendo para a órbita do serviço público uma pessoa física para ser remunerada por interposta empresa; mas transferindo a execução, gerência e controle do serviço para uma empresa que utilizará seus próprios empregados na execução e para a qual a Administração Pública não mais utilizará seus servidores. Assim, mesmo permanecendo com o controle parcial da atividade sob seu domínio, o ônus do gerenciamento não será mais da Administração Pública. Portanto a locução “que se referem à substituição de servidores e empregados públicos” na verdade é uma forma elíptica de se definir essa transição.⁵⁸

Os autores afinados à linha de entendimento acima sufragada, partem da premissa de que o § 1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal somente se refere à contabilização, entendida como mero registro contábil e não à inclusão dos valores respectivos no limite das despesas com mão-de-obra, simplesmente porque a substituição pura e simples de servidores ou empregados públicos por terceiros seria ilegal.

Há quem se posicione de forma intermediária, no sentido de que o dispositivo em comento somente pode se referir às hipóteses em que a terceirização recai sobre atividades materiais acessórias e desde que não integrem o elenco de atribuições do órgão ou entidade ou, ainda, quando coincidentes com as atividades de cargos ou empregos em extinção. Nesses casos, considerados regulares, e

⁵⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Terceirização: restrições e cautelas na aplicação no serviço público. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, n. 58, ano 5, p. 7871-7877. out. 2006, p. 7875.

⁵⁸ Ibidem, p. 7876.

somente neles, seriam os gastos respectivos computados como despesas de pessoal.⁵⁹

De maneira mais radical, porém, entendem outros estudiosos do tema que, independente de vir a ser considerada ilegal a terceirização de mão-de-obra para fins de substituição de servidores ou empregados públicos, devem os valores dos respectivos contratos efetivamente compor os gastos de despesas com pessoal para fins de obediência aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Os adeptos dessa corrente consideram que o § 1º do art. 18 foi incluído propositadamente no texto da Lei como mais uma forma de evitar eventuais distorções das interpretações que devem nortear o instituto da terceirização, como o da obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso para acesso aos cargos públicos e o próprio limite de gastos com pessoal previsto na Lei.

Esse parece ter sido o propósito do legislador, a exemplo do que se extrai das leis de diretrizes orçamentárias editadas seqüencialmente após à entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal. Confira-se, a propósito, o teor do *caput* do art. 94 da Lei nº 11.514, de 13 de agosto de 2007, que traçou as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2008:

Art. 94. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, **independentemente da legalidade ou validade dos contratos.** (grifo nosso)

Ferraz (2001), recorrendo ao parágrafo único do art. 64 da Lei de Diretrizes Orçamentárias nº 9.925/2000, inclui-se nesse rol, apresentando entendimento mais consentâneo com as restrições do uso do instituto da terceirização nos serviços públicos já tratadas no capítulo anterior:

Refletindo novamente sobre o assunto, percebemos que o ponto nevrálgico está em desvendar o alcance da expressão: "...terceirização de mão-de-obra que se refere à substituição de servidores e empregados públicos.", de vez que o legislador da LFR não o fez. [...]

⁵⁹ TOLEDO JÚNIOR, Flávio C e ROSSI, Sérgio Siqueira. de. **Lei de Responsabilidade Fiscal: comentada artigo por artigo**. 3ª ed., São Paulo: NDJ, 2005, p. 157. Os autores consideram que as funções terceirizadas estranhas aos conteúdos laborais do plano de cargos e salários de determinado órgão ou entidade não devem ser incluídas no elemento 34 – *Outras Despesas de Pessoal Decorrentes de Contratos de Terceirização*. "É assim porque, em tal caso, não estaria havendo a substituição de servidores ou empregados públicos. [...] A nós parece fundamental que a caracterização dessas *Outras Despesas de Pessoal* opere-se exclusivamente como efetiva substituição de servidores ou empregados, o que, à evidência, pressupõe o cargo respectivo no quadro de pessoal" p. 157-159.

A necessidade de definir o alcance da expressão foi sentida pelo legislador federal, que ao editar a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União nº 9.995, de 25 de julho de 2000, interpretou, autenticamente, o conteúdo do § 1º do art. 18:

“Art. 64. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar n. 101, de 2000, aplica-se para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do *caput*, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;

II – não sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente.”

[...]

Portanto, o norte para se saber quais são as despesas com terceirização que se aglutinam ao montante das despesas de pessoal, deve ser, na nossa opinião, a regra interpretativa da LDO da União que, não obstante seja norma de caráter exclusivamente federal, diferentemente da LRF que é norma de caráter nacional, é obra do mesmo legislador da LFR – o Congresso Nacional com a sanção do Presidente.⁶⁰

Vale ressaltar que o parágrafo único art. 64 da Lei nº 9.995/2000, ao qual se refere o autor, sofreu pequenas modificações, também no parágrafo único, do artigo 94 da atual Lei de Diretrizes Orçamentárias acima referida, Lei nº 11.514/2007, que àquele se equivale. Transcreve-se, por oportuno, o teor do dispositivo em vigor, a fim de se propiciar o cotejo direto. Em destaque, as modificações empreendidas.

Art. 94 [...]

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do *caput*, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares **às atribuições legais do órgão ou entidade, prevista em regulamento;**

II – não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas **pelo quadro de pessoal** do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, **ou seja relativas a** cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente;

III – não caracterizem relação direta de emprego. (grifo nosso)

Confirmada a identidade de propósitos contida nas duas leis em questão, segue-se com as conclusões veiculadas pelo professor Ferraz (2001):

Depreende-se, pois, que:

- os contratos de terceirização de atividades-meio, quando concernentes a atividades sem correspondência no plano de cargos do órgão ou

⁶⁰ FERRAZ, Luciano. A Lei de Responsabilidade Fiscal e Terceirização de Mão-de-obra no Serviço Público. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, n. 2, ano 1, p. 130-140 abr. 2001, p. 135-136

entidade, estão, em regra, excluídos do percentual de gastos; se houver a correspondência, a lei determina o cômputo;

- os valores relativos aos contratos de terceirização de atividades-fim, conquanto inconstitucionais, conforme registramos, incluem-se no percentual limite dos gastos de pessoal – esta é a única explicação para que o legislador determine o somatório dos respectivos contratos, **independentemente de sua validade.**

- os valores dos contratos de terceirização de atividades-meio, desde que concernentes a atividades inerentes à categoria do órgão ou entidade contratante, devem ser incluídos no percentual, salvo se os cargos ou empregos tiverem sido extintos total ou parcialmente.⁶¹

O inciso III, acrescido à Lei vigente, sem descaracterizar o entendimento acima, vem reforçar a idéia de que, configurada a relação direta de emprego, o gasto respectivo já entraria no elemento próprio destinado às despesas como pessoal e não no elemento “Outras Despesas de Pessoal”, onde devem figurar os serviços terceirizados.

Sendo assim, sob o enfoque da Lei de Responsabilidade Fiscal, conclui-se ser ela mais um fator limitante da utilização de serviços terceirizados por parte da Administração Pública, em favor da regra da obrigatoriedade do concurso público para o desempenho de atribuições inerentes à atuação estatal. Com efeito, a limitação de ordem fiscal lança reflexos diretos sobre a opção do Poder Público pela terceirização de seus serviços, o que, aliado às demais circunstâncias restritivas mencionadas ao longo do presente estudo, reforça a idéia de ação ponderada do Estado nessa seara, valorizando, em cada caso concreto, a legalidade e, também, a conveniência de sua escolha.

⁶¹ FERRAZ, Luciano. Op. cit., p. 136.

CONCLUSÃO

De tudo quanto exposto e discutido emerge como conclusão imediata, aplicável aliás a praticamente todas as questões de direito que envolvem valores legais e sociais, a idéia de equilíbrio entre os diversos fatores envolvidos. Quanto à terceirização dos serviços de saúde pública, propriamente, restou evidente a existência de conflito entre princípios que norteiam a aplicabilidade do instituto por parte do Estado, com destaque para o princípio da obrigatoriedade do concurso público e o da complementaridade da participação privada no âmbito do sistema único de saúde, em confronto com os princípios da eficiência e da economicidade que também devem pautar toda e qualquer atuação estatal.

Como tentativa de se encontrar a harmonia entre os princípios em conflito, preservando-se o núcleo essencial de cada qual, conforme ensina a melhor doutrina e a jurisprudência forte do Supremo Tribunal Federal, propõe-se, à guisa de conclusão, o estudo de situação hipotética passível de ocorrência na seara da prestação de serviços de saúde pública.

Eis as circunstâncias que permeiam o exemplo proposto:

Nos quadros funcionais da Secretaria de Estado de Saúde de um certo ente federado constam cargos de médico – especialidade anestesista, de natureza efetiva, os quais, portanto, devem ser preenchidos por pessoas previamente aprovadas em concurso público, obedecidos todos os requisitos previstos em lei para tanto, conforme preconiza o art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Em determinado hospital público, vinculado àquela Pasta, a necessidade de médico – especialidade anestesista restringe-se a ocorrências esporádicas e sem caráter emergencial. No entanto, há previsão para a lotação de um especialista na área no hospital, encontrando-se vago o cargo, por falta de candidatos interessados em ocupá-lo sob a forma de dedicação exclusiva, conforme exigido pelas normas estatutárias atinentes.

Em princípio, percebe-se que o cargo em questão, conforme já aventado antes, deve ser preenchido por meio de concurso público. Essa é a regra, sobretudo quando não se vislumbra, na hipótese, situação emergencial a permitir a contratação temporária de que cuida o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal.

Contudo, a realidade rotineira dos serviços prestados no suposto hospital revela a ocorrência freqüente de indisponibilidade do profissional anestesista quando necessária a sua intervenção, mesmo quando agendada previamente, ocorrendo, no mais das vezes, o adiamento ou cancelamento da cirurgia ou outra intervenção que dependa de procedimento anestésico.

Entram em evidente conflito, portanto, de um lado, o princípio da obrigatoriedade do concurso público como parâmetro de validade para o preenchimento do cargo vago e, de outro, o princípio da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, mediante atuação positiva e, sobretudo, eficiente, a cargo do Estado na qualidade de titular do dever de proteção à saúde.

Aplicando-se, pois, a fórmula de equilíbrio entre os princípios em conflito, proposta ao longo do estudo, deve-se buscar solução razoável que não importe no esvaziamento de qualquer deles.

Para tanto, vale invocar os fundamentos de sustentação de cada um dos princípios em conflito. O princípio da obrigatoriedade do concurso público visa a assegurar, além da impessoalidade, da moralidade e do amplo acesso aos cargos públicos, que devem pautar toda a atividade administrativa, a melhor opção para a Administração, mediante provimento dos seus cargos pelos mais capacitados para o desempenho das respectivas funções.

A esses fundamentos, por outro lado, devem corresponder a eficiência na prestação do serviço e a sua economicidade, cujos reflexos beneficiam, ao final, todos os demais usuários do sistema de forma impessoal, evidenciado-se, também nesse caso, prestígio ao princípio da isonomia ou da igualdade de modo reflexo.

Postas as premissas fáticas e os fundamentos jurídicos que as devem permear, propõe-se a seguinte solução: na hipótese vertente, sob o manto do princípio da razoabilidade, sobressai legítima a contratação do referido profissional – médico anestesista – por meio de empresa terceirizada, fornecedora de mão-de-obra, nos moldes da terceirização tal como qualificada no presente trabalho, ou seja, sem qualquer vínculo empregatício entre o Estado e o médico, valendo-se, o ente federado de empresa interposta contratada para esse fim.

Em outras palavras, caberia aceitar, excepcionalmente, a terceirização de mão-de-obra para a prestação, eficiente e mais econômica de atividade-fim essencial do Poder Público.

Quanto à economicidade, embora secundária quando se trata de proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, a sua constatação, no caso, reforça a mitigação ao princípio da obrigatoriedade do concurso público na hipótese proposta. De fato, à primeira vista, afigura-se mais econômico ao Estado pagar pela efetiva prestação de serviços de necessidade eventual a arcar com todos os consectários remuneratórios correspondentes ao provimento dos cargos efetivos.

Sob o enfoque hodierno, eis a característica esperada do atual Estado Democrático de Direito: submissão estrita às suas próprias leis, as quais devem ser aplicadas por meio de exegese teleológica dos princípios constitucionais que norteiam toda e qualquer atividade estatal, encontrando-se, em casos de conflito, solução harmônica e razoável, de forma a assegurar a essencialidade de cada qual.

Retornam, pois, as idéias de subsidiariedade do Estado, tão difundidas nos tempos de efusão dos direitos de liberdade, hoje erigidas pela doutrina pátria, com certa freqüência, ao posto de princípio norteador da atuação pública, mesmo quando se cuida do atendimento às necessidades essenciais da sociedade, entre as quais se inclui o direito à saúde.

O descompasso entre os anseios de ordem social e a capacidade do Estado em atendê-los, resultante do crescente e irretroatável processo de globalização, reclama maior participação dos setores privados, seja ao lado do Estado, na condição de parceiros, seja substituindo-o, quando mais eficientes e econômicos, desde que assegurados direitos outros, também fundamentais. E, diante do largo espectro de diferentes situações que permeiam a ordem social, não há como se definir, de forma abstrata e genérica, regra ou princípio único norteador da atividade estatal. A cada caso concreto, uma solução específica, a partir da conjugação de princípios explícitos e implícitos, de índole constitucional.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, Alice Maria Gonzales Reflexões críticas sobre o intervencionismo estatal e a realização do estado social de direito na Constituição Brasileira. **Temas do Direito Administrativo Atual. estudos e pareceres**, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; _____. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL – Tribunal de Contas da União. Processo nº 14.915/2007. Representação. Interessados: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte e Bernacom LTDA. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: <<http://tcu.gov.br>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

BRASIL – Tribunal de Contas da União. Processo nº 2.510/2007. Representação. Interessados: Conselho Regional de Administração do Estado do Rio de Janeiro – CRA/RJ e Rocha Calderon e Advogados Associados. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Disponível em: <<http://tcu.gov.br>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: NDJ, 2007.

BRASIL. Decreto Federal nº 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23. jan. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23469-4. Ministro Celso de Mello. Partes: Conselho Federal de Farmácia - CFF e TCU. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 13.812/93. Relator: Juiz Antônio F. Guimarães. Disponível em: <<http://www.trt3.gov.br>>. Acesso em: 23 jan. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado n. 331. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em 21 jan. 2007.

BRUM, Alexandre. A Terceirização das Atividades-fim na Área de Saúde. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo: NDJ, n. 9, ano XVII, p.629-635, set. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CORREIA, Arícia Fernandes; FLAMMARION, Eliana Pulcinelli; VALLE, Vanice Regina do. **Despesa de Pessoal: a chave da gestão fiscal responsável**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed., 2ª tir., São Paulo: LTr, 2000, p. 440-441.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2ª ed., v. 2. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1928.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Terceirização: restrições e cautelas na aplicação no serviço público. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, n. 58, ano 5, p. 7.843-7890, out. 2006.

FERRAZ, Fernando. Direitos e Garantias Individuais: a evolução dos direitos pode ser apresentada satisfatoriamente pelo sistema de “gerações de direitos”? **Revista Diálogo Jurídico**. Faculdade Farias Brito. Disponível em: <<http://www.ffb.edu.br>>. Acesso em: 19 jun. 2008.

_____. A Lei de Responsabilidade Fiscal e Terceirização de Mão-de-obra no Serviço Público. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, n. 2, ano 1, p. 130-140 abr. 2001.

FORTUNA, Affonso de Aragão Peixoto. Sistema Único de Saúde: alternativas de execução de serviços por terceiros. **Interesse Público**, São Paulo: Notadez, n. 9, p. 135-145, 2001.

GONÇALVES, Wagner. In: Conferência Nacional De Saúde - On Line. Parecer sobre terceirização e Parcerias na Saúde. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cns>>. Acesso: em 08 jan. 2008.

HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIMA, Denise Holanda Costa. **Terceirização na Administração Pública: as cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. As cooperativas de trabalho e a terceirização na Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, n. 62, ano 6, p. 1-137, fev. 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. Terceirização nos Serviços Públicos. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**. n. 82, ano 7, p. 11-14, out. 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MAUAD, Marcelo José Madeira. **Cooperativas de Trabalho: sua Relação com o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

MEDINA, Paulo. **O Princípio da Subsidiariedade**. Disponível em: <bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 19 jun. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de Pessoal no Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas limitações: Breves reflexões. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1^a ed. 2^a tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PERNAMBUCO. Brasil. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.tce.pe.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira . **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Lia Sampaio. Terceirização na Administração Pública e os Limites às Despesas com Serviços de Terceiros e Mão-de-Obra previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza**, v. 11, ano 9, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4^a ed, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio C e ROSSI, Sérgio Siqueira. de. **Lei de Responsabilidade Fiscal: comentada artigo por artigo**. 3^a ed., São Paulo: NDJ, 2005.

VIOLIN, Tarso Cabral. As Terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPS e demais entidade do “terceiro setor” – Estado, ordem social e privatização. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, v. 72, ano 6, p. 7-14, dez. 2007.

_____. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.