



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A terceirização na gestão de hospitais públicos

Patrícia Mansor Leite Meira

Rio de Janeiro  
2009

PATRÍCIA MANSOR LEITE MEIRA

A terceirização na gestão de hospitais públicos

Artigo Científico apresentado Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>ª</sup> Mônica Areal  
Prof. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro  
2009

## TERCEIRIZAÇÃO NA GESTÃO DE HOSPITAIS PÚBLICOS

**Patrícia Mansor Leite Meira**

Graduada pelo Centro Universitário da  
Cidade. Advogada.

**Resumo:** O Poder Público, ao desenhar um modelo de Estado Gerencial para a sua atuação, buscou passar à iniciativa privada certas atividades, até então, estatais. Nesse contexto, a Administração Pública resolveu adotar a forma da terceirização para algumas áreas e setores da economia, sob o argumento de que essa transferência aumentaria a eficiência e reduziria os custos para os cofres públicos. Questão tormentosa, no entanto, consiste em saber se essa medida, quando adotada nos setores essenciais, é legal e constitucional. A essência do trabalho, portanto, versa sobre a análise pormenorizada da terceirização no serviço público de saúde.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo, Terceirização, Serviço público, Saúde.

**Sumário:** Introdução. 1. Panorama histórico-jurídico. 2. Princípio da legalidade e moralidade versus princípio da eficiência: a questão referente ao concurso público. 3. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. 4. O serviço público de saúde. 5. A terceirização da gestão de hospitais públicos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a temática referente à terceirização no âmbito administrativo, que é compreendida, em linhas gerais, pela contratação de particulares pela Administração Pública, para a realização de certas atividades.

Nesse contexto, esse artigo pretende analisar de forma crítica esse processo de desestatização gerado pelo neoliberalismo político, estabelecendo como premissa básica que a terceirização vem sendo cada vez mais usual no cenário pátrio pela alegada eficiência e a otimização do serviço.

Contudo, ante a ausência de licitação e concurso público, essa forma de contratação passou a ser objeto de inúmeras demandas judiciais, com resultados discrepantes. Sendo assim, esse artigo tem o seu norte pautado na terceirização no âmbito da saúde pública, uma vez que, hodiernamente, a gestão de alguns hospitais públicos está sendo realizada por particulares.

Pretende-se, por conseguinte, ponderar os princípios constitucionais que se encontram presentes na forma de contratação pela terceirização, quais sejam, a eficiência, de um lado, e a legalidade e moralidade, de outro; isso porque o argumento da Administração Pública em realizar essa contratação de terceiros, às custas do Erário, sempre remete ao argumento da melhor prestação do serviço.

Desta forma, traçando a evolução da terceirização no país, pretende-se analisar, de forma sistemática, a matéria, trazendo à baila, principalmente, os prismas doutrinários e jurisprudenciais, em razão da precariedade legislativa sobre o assunto.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: o panorama histórico-jurídico; a terceirização de atividade-fim e atividade-meio; o serviço público de saúde; o princípio da legalidade e moralidade *versus* o princípio da eficiência: a questão referente ao concurso público; a terceirização da gestão de hospitais públicos. A metodologia será pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

Resta saber, assim, se a terceirização de gestão de hospitais públicos, tal como vem sendo utilizada, está compatível com os ditames constitucionais.

## 1. PANORAMA HISTÓRICO-JURÍDICO

Até o final da década de 80, o Estado Brasileiro adotava um modelo de Estado paternalista, em que os serviços prestados eram, predominantemente, estatais. Ou seja, havia uma grande concentração, pelo Poder Público, das atividades desempenhadas.

Nos idos dos anos 90, esse modelo foi desmantelando-se para a implantação dos ideais do chamado Estado Gerencial, modelo esse que buscava redefinir e reduzir o tamanho da atividade estatal a dimensões adequadas para os anseios da sociedade. Tinha-se em mente que o Estado não poderia tentar oferecer tudo à população, quando, na maioria das vezes, não conseguia executar as suas mais elementares obrigações.

Essa nova ótica buscou o seu fundamento na tendência do chamado princípio da subsidiariedade, proveniente das práticas institucionais suíças e dos ensinamentos da Igreja Católica. No magistério pontifício, esse princípio estaria diretamente relacionado à manutenção dos corpos intermediários da sociedade plural para concretização do bem comum.

Mais tarde, ao ser reconhecido no Tratado de *Maastrich* – também conhecido como Tratado da União Europeia (TUE) – o princípio da subsidiariedade passou a ter contornos mundiais, sendo albergado como um princípio jurídico de direito comunitário. Nesse aspecto, ficou estabelecido que o Estado deveria se abster de praticar as atividades que possam ser desempenhadas pelos particulares, restringindo, dessa forma, a sua intervenção e reconhecendo que a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal. O Estado, por essa doutrina, só deveria subsidiar a iniciativa privada quando essa se mostrar deficiente, buscando uma parceria entre o público e o privado.

Nessa esteira, ocorreram, no cenário brasileiro, as desestatizações de certas atividades e setores da economia. Esse processo de desestatização teve o seu estopim no Governo do Presidente Fernando Collor de Mello (1990 a 1992), sendo realmente assumido e implementado no Governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, por intermédio do chamado Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado de 1995. O referido plano tinha como base os princípios de uma nova gestão pública, que visava basicamente suplantar a crise atribuída à ineficiência de uma burocrática Administração Pública.

Essa proposta de reforma do aparelho do Estado foi elaborada pelo Ministro da Administração e Reforma do Estado, o Min. Luiz Carlos Bresser Pereira que, em linhas gerais, apontou a existência destes quatro setores no âmbito de um Estado: Núcleo Estratégico do Estado, Atividades exclusivas do Estado; Serviços não-exclusivos ou competitivos; e Produção de bens e serviços para o mercado. Nesse sentido, SILVANO (2003) afirma que o objetivo econômico dessa reforma seria suavizar a dívida pública, incrementando a poupança pública, bem como a disposição financeira estatal com o fito de agrupar recursos em áreas em que é indispensável o desempenho do Poder Público; e o objetivo social seria incrementar a eficiência dos serviços públicos sociais, atendendo melhor à população e ao cidadão a um custo menor”.

Com o advento da Lei 9491/97, ficaram ainda mais claras as intenções governamentais quanto ao Programa Nacional de Desestatização, pois os objetivos fundamentais foram inseridos no próprio artigo 1º da lei: reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a

modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e, por fim, contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Com essa mudança de postura da Administração Pública, a transferência da atividade do Estado para a iniciativa privada aconteceu pelas seguintes formas: Privatização, Delegação de Serviços Públicos – por intermédio das concessões, permissões e autorizações –, Gestão Associada e Terceirização, ou ainda pelas Parcerias, por meio de fomento ou como instrumento de desburocratização.

É o que se extrai do artigo 4º da Lei 9491/97, que estabelece que as desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais: alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações; abertura de capital; aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a consequente alienação de seus ativos; concessão, permissão ou autorização de serviços públicos; aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.

Antes de adentrar nas noções gerais de cada modalidade, cumpre ressaltar que a privatização é um termo que não tem uma definição uniforme da doutrina jurídica, pois ora é utilizado como um conceito amplo e ora é utilizado como um conceito restrito. De modo genérico, pode-se afirmar que a privatização – como um conceito amplo – consiste nas

próprias medidas adotadas pelo Estado para diminuir o seu tamanho, tendo como base uma das seguintes formas: desregulação, desmonopolização, venda de ações de empresas estatais ao setor privado; concessão de serviço público; e a terceirização. Já a privatização, no seu conceito restrito, consistiria pela própria alienação do controle acionários de empresas, até então, estatais, isso é, seria transferir uma atividade estatal para a iniciativa privada.

Quanto à gestão associada (artigo 241 da CRFB/88), o que se vê é um acordo administrativo para designar a atuação conjunta dos entes federativos nas matérias comuns a todos, que poderá ser realizado mediante consórcio público ou convênio de cooperação. A delegação de serviço público, por sua vez, significa a transferência da prestação de serviços públicos, sob o planejamento e controle do Estado, formalizada pelos instrumentos de concessão e permissão de serviços públicos, ou ainda pelas parcerias público-privadas (concessão patrocinada e concessão administrativa).

Há ainda a chamada parceria por meio de fomento, que incentiva certas atividades prestadas pela iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio contrato de gestão ou convênio; bem como a parceria como instrumento de desburocratização, que ocorre por intermédio de contrato de gestão e tem como norte o conceito de Administração Pública Gerencial.

O que se busca, no entanto, estudar com profundidade nesse trabalho é a terceirização, que, em linhas gerais, caracteriza-se como sendo a transmissão da execução da atividade-meio para a iniciativa particular, com a conservação da atividade fim pelo Estado. Essa forma de desestatização mostra-se mais inquietante no atual cenário jurídico, por conta de sua larga utilização na prática e a ausência de legislação específica sobre o assunto.

Em certos setores da economia, como educação e saúde, a terceirização vem se tornando uma prática extremamente rotineira, o que gera certa celeuma quando as entidades em questão são públicas.



## 2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E MORALIDADE X PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: A QUESTÃO REFERENTE AO CONCURSO PÚBLICO

A tendência da terceirização, no âmbito administrativo, vem sendo fundamentada na melhor qualidade da prestação do serviço público, em razão da otimização dos recursos empregados. O princípio constitucional da eficiência estaria presente, nesses casos, o que garantiria a presença também do interesse público dessa forma de contratação.

O princípio da eficiência mostra-se de suma importância na Administração Pública, já que as atividades públicas deverão atingir sempre resultados práticos positivos e satisfatórios, não bastando a simplória observância da legalidade. O administrador público deverá, portanto, sempre escolher, dentre as várias opções disponíveis, o modo de agir mais rápido e preciso. Sob esse enfoque, os doutrinadores, em especial a professora DI PIETRO (2008), desdobram dois aspectos desse princípio: eficiência como forma de atuação do agente público, de modo a atingir melhores resultados, e eficiência como relação de organização, estruturação e disciplina da própria Administração Pública de modo a alcançar suas metas.

No entanto, o sistema jurídico deverá ser harmônico e coerente entre si; logo, o princípio da eficiência deverá sempre ser interpretado e analisado em conjunto com os demais princípios da Administração Pública. Em outras palavras, o princípio da eficiência deverá estar em consonância com os demais princípios do artigo 37, caput da CRFB, em razão da máxima efetividade das normas constitucionais, não podendo um princípio ser sufocado e banido em prol do outro.

Em caso de terceirização na Administração Pública, há de se observar que o princípio da efetividade – que justifica a contratação – poderá entrar em rota de colisão com o

princípio da legalidade e da moralidade, já que a observância do concurso público para o preenchimento das vagas fica enfraquecida.

Outrora, o jurista americano POSNER (1998, p. 23) já dizia: “em um mundo de recursos escassos, o desperdício deve considerar-se imoral” e não há como negar tal afirmação, pois certo que é o ineficiente é imoral, mas, nem por isso, pode-se afirmar que tudo que é eficiente é também moral.

A eficiência deve ser entendida como a diretriz para a colheita da riqueza social, extraíndo-se dessa premissa que o homem sempre age em prol da máxima captação de seus interesses. A doutrina americana de POSNER (1998) atrela, porém, esse interesse humano com o interesse econômico, assegurando para tanto que qualquer outra fundamentação chegaria às raias do irracional. Para o doutrinador, dessa forma, incabível seria uma motivação pautada em preceitos morais ou éticos, uma vez que a mentalidade era de que quanto maior a acumulação de capital de uma Nação, maior a fortuna de sua população.

Essa ótica eminentemente econômica, no entanto, não se funda com a dogmática acolhida pela Constituição Brasileira de 1988, que prevê uma harmonia entre os princípios, e que tem como epicentro axiológico a dignidade da pessoa humana. Logo, no cenário interno brasileiro, devido às suas peculiaridades sociais e estruturais, não se pode afirmar que a eficiência, no âmbito da Administração Pública, é um princípio hierarquicamente superior aos demais.

Sendo assim, essa atração pelo auto-interesse e pela riqueza social deve, sim, estar em consonância com a ética e a moral, bem como com a legalidade, ou seja, em uma sociedade plural, o princípio da eficiência deve ser analisado em conjunto com o princípio da moralidade e da legalidade. Incabível, portanto, alegar que qualquer motivação estanque à economicidade seria irracional.

Sobre o assunto, o autor DIAS (2008) assinala que, em não havendo um fundamento natural que justifique a preeminência do princípio da eficiência, o embasamento de sua aparente supremacia começa a ruir, ficando evidente que o ser humano não tem apenas anseios econômicos. Em sua obra, esse jurista ainda desmistifica a tese de que quanto maior a riqueza de um país, maior a riqueza dos seus membros, apontando o próprio exemplo brasileiro, que, no Relatório de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas para o Desenvolvimento referente à 2004/2005, figurava em 69º lugar (hoje em 75º), em uma lista de 177 países (hoje com 182 países), aparecendo, entretanto, na 9ª colocação no ranking das maiores economias do mundo em 2005. Curioso ainda é que nesse ranking econômico o Brasil estava incluso à frente de países como Rússia, Espanha e Canadá, que possuem o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) superiores.

Com base nesses dados objetivos, pode-se entender que o princípio da moralidade e o princípio da legalidade devem, até mesmo, se sobrepujar sobre o princípio da eficiência, pelo menos, na atual conjuntura política e social brasileira. Afinal, a inobservância de ética pública conduz a uma escala desproporcional entre a desenvolvimento humano e o desenvolvimento econômico vivenciados no país, pois o aumento do Produto Interno Bruto não corresponde a um aumento da qualidade de vida da população.

Por tais fundamentos expostos, deve-se analisar *cum grano salis* a proposta de terceirização de setores da Administração Pública, sob o único e exclusivo fundamento do bom aproveitamento do princípio da eficiência.

Fato é que a necessidade de concurso público não é imperiosa, pois a própria Constituição prevê exceções, no artigo 37, II, da CRFB/88: nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. O que não se aplica ao caso da terceirização.

Para a contratação de serviços, que acaba englobando a contratação de pessoal, também é necessária a licitação, consoante dispõe o artigo 37, XXI da CF, licitação essa regulamentada pela Lei 8666/93. Infere-se, pois, que a Administração Pública, ao contratar uma empresa que prestará o serviço, ainda que por intermédio de processo licitatório, não estará contratando pessoal, não havendo, assim, um real preenchimento de vagas. Ainda que a empresa contratada realize certo procedimento idôneo para a contratação de pessoal, os profissionais não terão vínculo direto com a Administração Pública.

De um modo ou de outro, a regra do concurso público estaria sendo violada. Isso porque o preenchimento de vagas no serviço público deverá ocorrer mediante a realização de concurso público, só sendo possível a terceirização quando constatada a absoluta impossibilidade de execução pela Administração Pública, casos que ocorrem devido à insuficiência de pessoal ou quando a tarefa exija conhecimentos técnicos especializados.

DI PIETRO (2008) bem atenta para essa questão afirmando que, normalmente, a falta de eficiência de um determinado órgão está intimamente ligada à própria falta de comprometimento da Administração Pública em abastecê-lo com matéria-prima e mão-de-obra próprias para a atividade. Por tal razão, a Administração Pública prefere “maquiar” o problema e buscar o rumo mais fácil pela terceirização que, na maior parte dos casos, custa mais caro para o erário, o que, indubitavelmente, acarreta uma clara violação ao princípio da economicidade.

A situação, em si, viola não só o princípio da legalidade, mas também o da moralidade administrativa, já que acaba dando azo a um verdadeiro “cabide de empregos”, empregos esses que deveriam ser ocupados por pessoas especializadas e capazes, escolhidas por um procedimento impessoal de concurso público. Tal forma de escolha de pessoal – concurso público – consiste em uma verdadeira garantia, não só dos concursandos, mas também de toda a sociedade, pois configura uma verdadeira arma contra a corrupção e

apadrinhamentos, colocando dentro do serviço público apenas os profissionais mais bem preparados para a função, garantindo, de forma igualitária, o acesso a todos nos quadros públicos.

Dessa forma, verifica-se que não há fundamento a justificar uma supremacia do princípio da eficiência sobre os demais princípios da Administração Pública. O simples e parco argumento de redução de gasto não é meio jurídico hábil para sobrepor um princípio em detrimento ao outro, até porque a pessoa humana não é exclusivamente um ser econômico, não podendo, nesse diapasão, o Poder Público voltar-se somente para esse aspecto.

Isso não quer dizer que o princípio da eficiência deve ser desprezado e abandonado; pelo contrário, devem-se sempre conjugar os princípios, as regras e os preceitos para buscar um ordenamento jurídico harmônico e válido para toda a sociedade.

### 3. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM E DE ATIVIDADE-MEIO

Os administradores tendem a estimular a prática da terceirização, tanto no setor público, quanto no setor privado, uma vez que a sua implantação visa à redução de custo e aumento da qualidade do serviço, em razão do foco no seu objeto social, e não em questões acessórias. O que, todavia, essa ciência mercadológica veda terminantemente é a terceirização da atividade-fim, pois a pessoa jurídica acabaria perdendo a sua identidade, o que, por conseguinte, geraria a sua própria ruína.

No âmbito do direito trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho admitia a terceirização somente nos casos especificados em lei (enunciado 256 do TST), quais sejam: a Lei 6019/74, que dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas; e a Lei

7102/83, que dispõe sobre normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores – ambas para a iniciativa privada.

Essa orientação do Tribunal Trabalhista, no entanto, sofreu ampliações e, atualmente, pelo enunciado 331, formou-se o entendimento de que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, por conta do art. 37, II, da CRFB/1988, e ainda que não há relação empregatícia entre tomador e prestador nos serviços ligados a atividade-meio, desde que ausente personalidade e a subordinação direta.

MARTINS (1998), por sua vez, disciplina que a terceirização não deveria ficar restrita à atividade-meio da sociedade, cabendo ao próprio administrador analisar a sua viabilidade em razão do princípio da livre iniciativa. Todavia, tal posição não é aplicada, já que o Tribunal Superior do Trabalho já pacificou o entendimento de que só seria possível a terceirização da atividade-meio da empresa contratante, conforme se extrai do enunciado 331 já citado.

Por essa construção legislativa e jurisprudencial, pode-se extrair que há duas modalidades de terceirização: a primeira seria a locação de mão-de-obra, mas só de forma temporária, consoante a Lei 6019/74; e a segunda seria a prestação de serviço, de acordo com a Lei 7102/83.

Partindo para o âmbito administrativo, verifica-se que, a princípio, não seria possível a terceirização de locação de mão-de-obra, porquanto configuraria uma fatal burla a norma prevista no artigo 37, II da CRFB/88. Isso porque a Carta Magna exige, em seu bojo, que a investidura em cargo, empregos ou funções públicas se dê sempre por concurso público.

Deve-se atentar que não se aplica para a terceirização, como contrato de fornecimento de mão-de-obra, a exceção prevista no artigo 37, IX da CRFB/88, que admite a

investidura em cargos públicos para a “contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária e excepcional interesse público”, porquanto tal norma necessita de lei disciplinadora de cada ente governamental para a sua eficácia, sendo ainda inadmissível pensar em aplicar o artigo para preencher os quadros permanentes da Administração Pública. Nesse sentido, caberá a cada ente disciplinar a contratação, bem como elencar as hipóteses de cabimento.

Dessa forma, imperiosa se faz repudiar qualquer forma de contratação de fornecimento de mão-de-obra na seara administrativa, pois, em verdade, o que acarretaria seria a contratação de pessoas para exercer um *munus* público sem qualquer vínculo jurídico com o Poder Público. DI PIETRO (2008, p. 217) bem assinala os riscos dessa terceirização, afirmando que “não protege o interesse público, mas, ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional do concurso público; cobra taxa de administradores incompatíveis com os custos operacionais, com salários pagos e com encargos sociais”.

Ademais, o que ocorre nessas situações, na realidade, é uma verdadeira contratação com uma empresa fornecedora de mão-de-obra e, mesmo no caso do artigo 37, IX da CRFB/88, não se admite a contratação por interposta pessoa. Ora, se o constituinte desejasse permitir a contratação desses agentes públicos, não teria imposto inúmeras condições e restrições. Logo, não cabe ao intérprete transformar uma exceção constitucional em uma regra de contratação, aos arrepios dos próprios ditames constitucionais.

Estranhamente, porém, a LC 101/2000 – Lei de responsabilidade fiscal – trouxe, no seu artigo 18, §1º, um comando prevendo que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”. De início, por uma interpretação meramente literal, poder-se-ia imaginar que a vontade legislativa seria admitir a terceirização de mão-de-obra.

Esse dispositivo legal recebeu várias críticas dos operadores do direito, até por conta da atecnia de sua redação. Logo, a sua exegese deve levar em conta que o Legislador não quis validar um contrato de terceirização de mão-de-obra, mas sim operacionalizar o negócio se for celebrado, isto é, fixar o modo como essa despesa será considerada. Sobre esse ponto, DI PIETRO (2008, p. 220) estabelece que “o legislador não estava preocupado com a licitude ou ilicitude desse tipo de contrato diante de outros dispositivos legais e constitucionais, mas apenas e tão somente para fins de responsabilidade fiscal.”

Devido às controvérsias e polêmicas que surgiram com a referida norma, o Legislador buscou explicar o alcance dessa no artigo 64 da Lei 9995/2000, disciplinando que “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”. Retirada está, por conseguinte, qualquer ideia de legalidade em uma terceirização de mão-de-obra no âmbito administrativo.

Destarte, se for celebrado um contrato de terceirização de mão-de-obra, mister se faz considerar a sua ilicitude, sem contar ainda que a autoridade administrativa pactuante poderá ser responsabilizada, tanto na esfera civil e administrativa, quanto na esfera criminal, aplicando-lhe também a Lei 8429/92 – Lei de Improbidade Administrativa. Ressalte-se, no entanto, que, se o contratado causar danos a terceiros, a responsabilidade será do Estado, por esse se enquadrar no conceito de agente público para fins de responsabilidade civil estatal, malgrado tenha sido admitido de forma inválida nos quadros públicos.

A segunda modalidade de terceirização – a terceirização de prestação de serviço público –, por sua vez, seria, a princípio, viável na Administração Pública, em razão da redação do artigo 6º, VIII e artigo 10 da Lei 8666/93, que relaciona a possibilidade de execução indireta dos serviços. Esses serviços relacionados, porém, são aqueles referentes à



atividade-meio, em que não há vínculo empregatício direto com o Estado. São as atividades tidas como de interesse público secundário.

O Dec. 2.271/91, que regula a contratação de serviços pela Administração Pública Federal, proíbe a terceirização de serviços contemplados em planos de cargos e salários dos órgãos e entidades da Administração Pública. O artigo 1º do referido Decreto somente permite a execução indireta de certas atividades tidas como atividade-meio, tais como os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações. Como se vê nesse casos não há um simples fornecimento de mão-de-obra, mas sim uma real prestação de serviço pela empresa contratada.

Para a realização da atividade-fim, a terceirização vem sendo terminantemente rechaçada também no administrativo. Questão tormentosa, contudo, reside em saber o que seria a atividade-fim do Estado. Para esclarecer essa indagação, mister se faz visualizar a razão de ser do Estado, ou seja, a missão a ele designada pela sociedade.

Certas atividades foram repassadas ao Estado por intermédio pacto social que, dependendo do tempo e local, poderão ter acepções diferentes. O que se deve ter em mente, nesse aspecto, é que o primordial papel do Estado é garantir a paz social, a convivência pacífica e harmônica entre os grupos sociais, bem como a garantia da justiça e da ordem jurídica. Em razão desse interesse macro, somente o Estado poderia executar essas atividades essenciais, sob pena de seu próprio desmantelamento.

Sendo assim, certas atividades como prestação de serviço público, atividade de fomento, poder de polícia, ou ainda intervenção na ordem econômica, só poderão ser prestadas pelo Poder Público. São, portanto, as suas atividades-fim e, desse modo, a transferência a particulares se mostraria inválida, sendo incabível se falar em terceirização, nessa seara.

#### 4. O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

O conceito de serviço público surgiu na França com o nascimento do Estado moderno e, até hoje, encontra várias nuances na doutrina jurídica ao redor do mundo. Tal fato se dá por conta das várias concepções de serviço público em cada período e em cada sociedade. No Brasil, outrora predominava que serviço público seria somente aquele executado pela própria Administração Pública, ou por seus delegados, sob as normas de direito público, para satisfazer necessidades da coletividade, ou ainda para atender a conveniência do Poder Público. O que se extrai desse conceito clássico é que não será serviço público aquele prestado pela iniciativa privada sem a intermediação do Estado.

Entretanto, esse conceito clássico vem se esvaecendo e dando espaço para um novo conceito de serviço público, no qual não é necessário que a atividade desempenhada se submeta a um regime de direito administrativo, prestado, exclusivamente, pela Administração ou seus delegados. Seguindo essa linha moderna, MOREIRA NETO (2007, p. 126) estabelece que serviço público seria “a atividade pela qual o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público.”

Partindo para o serviço de saúde, verifica-se também que há dissenso se esse pode ser enquadrado como serviço público ou não.

CARVALHO FILHO (2008) entende que a saúde seria um serviço público social em que o Estado atua para atender às necessidades básicas da coletividade. Os demais que defendem o seu enquadramento como uma atividade estatal baseiam-se no artigo 196 da Carta Magna, que indica a saúde como um direito de todos e um dever de prestação atribuído ao Estado, sendo portanto um “poder-dever”. Afinal, as atividades típicas do Estado englobam a

atividade de poder de polícia, fomento, intervenção no ordenamento econômico e prestação de serviço público; sendo a saúde parte dessa última.

Os partidários dessa corrente, como o Desembargador do TJ/RJ DICKSTEIN (2008), no entanto, não retiram completamente do mercado a referida atividade, pois não se trata de um serviço exclusivo do Estado, um monopólio. Em razão do caráter essencial da saúde, esse serviço também é destinado à exploração por particulares. O que seria vedado pela Constituição da República é a ausência, por completo, da prestação pelo Estado, tendo em vista o seu dever de assistencialista.

Nesse esteira, completam que à Constituição de 1988 não conferiu um modelo de Estado Mínimo no tocante a prestação do serviço de saúde pública, pois esse modelo se mostraria uma utopia insustentável em razão da diversidade social da Nação. O que a Carta Magna prevê é um Estado regulador e provedor de serviços essenciais e básicos da sociedade; logo, caberá ao Poder Público oferecer o serviço de saúde de forma universal, sem a necessidade, porém, de deter o monopólio da atividade. Seria, portanto, possível o repasse para a incitativa privada por intermédio de um contrato público ou um convênio, desde que, obviamente, respeitadas as diretrizes do sistema.

Há vozes, todavia, que discordam dessa ideia, como o Desembargador Federal REGUEIRA (2006), sob o argumento de que o texto constitucional, no artigo 197, deu opção ao Legislador de executar o serviço de saúde diretamente pelo Estado ou por intermédio de auxílio de terceiros, pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Sendo assim, a Constituição não estaria diminuindo a importância do serviço; pelo contrário, estaria dando um maior enfoque, já que, por sua extrema relevância pública, mister se faz uma maior elasticidade no sistema, para uma maior qualidade e menor custo na prestação.

Essas interpretações antagônicas acabaram por gerar decisões díspares em relação à mesma situação. O caso da terceirização na gestão do Hospital Público Ronaldo Gazolla em

Acari, no Rio de Janeiro, deu azo a julgamentos conflitantes na esfera da Justiça Estadual e da Justiça Federal.

Contra o ato administrativo de contratação de pessoa jurídica de direito privado para prestação de serviços de execução das ações e serviços do hospital em comento fora ajuizado pelo Ministério Públicos Federal, em conjunto com o Ministério Público Estadual, perante a Justiça Federal, ação civil pública nº 2006.02.01.004167-7. Ato contínuo, o Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro (SINMED-RJ) ajuizou, perante a Justiça Estadual, o mandado de segurança nº 2007.001.60271.

O TRF da 2ª Região, inicialmente, concedeu o efeito suspensivo na Ação Civil Pública para suspender a eficácia da decisão liminar, autorizando o prosseguimento da concorrência pública no hospital de Acari, pautando-se, justamente, no entendimento de que o Estado não deveria ser o único responsável e executor dos serviços considerados relevantes, ou seja, não há que se falar em monopólio estatal da saúde. No entanto, o TJ/RJ, ao julgar a apelação no mandado de segurança, acatou a tese do impetrante concedendo a ordem para anular as normas do edital que viabilizassem a admissão de médicos sem concurso público.

Sobre esse caso específico, cabe esclarecer que o juízo federal de 1º grau, posteriormente, reconheceu a sua incompetência para o processo e julgamento do feito, declinando-a para uma das Varas da Justiça Estadual. Fato é que essa emblemática situação trouxe ainda mais controvérsia sobre o assunto da terceirização da gestão de hospitais públicos, pois não há ainda uma posição judicial firme e concreta sobre o tema; pelo contrário, o que se vê são posições apostas.

Outros Estados da Federação também começam a enfrentar e debater a questão perante o Judiciário. O TRF da 1ª Região já teve a oportunidade de julgar a terceirização do serviço público de saúde, na Pet 4229 MA 2001.01.004229-7, ocasião em que o Tribunal, por maioria, entendeu que tal atividade está inserida como uma atividade própria, típica e

fundamental de Estado, tal como segurança e justiça, não podendo, assim, ser terceirizada. Nesse julgado, o Egrégio Tribunal ainda afirmou que a terceirização configuraria uma grave lesão à ordem pública.

Por ser uma questão relativamente nova no âmbito administrativo, os Tribunais Superiores ainda não tiveram a oportunidade de julgá-la a fundo. Perante o Supremo Tribunal Federal há registro de quatro casos sobre o tema: Suspensão de Liminar 211, Suspensão de Liminar 189, Reclamação 5965 e Reclamação 5456. Malgrado todas as decisões tenham como pano de fundo a questão da terceirização do serviço público de saúde, não houve uma apreciação minuciosa pela Suprema Corte.

Tanto na decisão proferida nos autos da Suspensão de Liminar 211, quanto da Suspensão de Liminar 189 – ambas proferidas pela Ministra Ellen Gracie –, entendeu-se que não seria cabível o pedido de suspensão, pois a via estreita deste instrumento estaria sendo utilizada como sucedâneo recursal, sendo, portanto, incabível a sua apreciação. Na fundamentação, porém, a Ministra se mostrou favorável à tese de que o serviço público não poderia ser transferido a particulares por intermédio da terceirização, tal como vem ocorrendo.

As reclamações 5965 e 5456 cingiram-se tão somente a analisar a questão referente à competência para processar e julgar lide que verse sobre a contratação de terceiros para a prestação do serviço público de saúde, tendo como fundamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395/DF, que dispôs a não incumbência à Justiça do Trabalho julgar ações em que envolvam pessoa jurídica de direito público e servidor.

## 5. A TERCEIRIZAÇÃO DA GESTÃO DOS HOSPITAIS PÚBLICOS

A crise que vem se instaurando na saúde pública, nos últimos tempos, é algo latente e preocupante. Diante dessa situação fática, vários Administradores Públicos viram-se seduzidos pela proposta da terceirização da gestão dos hospitais públicos. Se não há dotação orçamentária para implementar o serviço de acordo com a crescente demanda do público, a contratação de terceiros, estranhos aos quadros, seria uma saída financeira supostamente adequada, tendo em vista que todos os encargos seriam suportados pela empresa fornecedora, e não pelo Estado.

O administrativista SOUTO (2004) é favorável à terceirização da gestão de hospitais público, sob o argumento de que pouco importa ao administrado a pessoa que está desenvolvendo a atividade, pouco importando também qual o vínculo que a une com o Poder Público; se o bem é público ou privado ou se os medicamentos são produzidos por entes estatais ou particulares. O único interesse do usuário seria o efetivo serviço, se está sendo prestado de forma universal, contínua e igualitária.

Contudo, a ótica não se pode fundar somente no próprio usuário, mas sim no todo. Embora não interesse ao administrado, na hora de utilizar o serviço, qual a relação jurídica entre o agente prestador e a Administração Pública, tal relação é de relevância de toda a sociedade, até por conta do dinheiro público que ali fora destinado. Logo, a solução, que aparentemente se mostra coerente, na realidade não satisfaz, nem de longe, os seus objetivos almejados. Afinal, os encargos financeiros decorrentes das relações tributárias, trabalhistas e previdenciárias seriam, na prática, suportados pelo Erário, e não pelo empresário. Isso porque não se pode confundir a terceirização com a concessão de serviço público.

Certo é que a terceirização não tem o condão de repassar o serviço público a particulares, pois, como já explanado, inviável seria a transferência da atividade-fim. O instrumento adequado para essa transferência seria a concessão ou a permissão de serviço público.

No entanto, a concessão ou permissão, em verdade, destinam-se em chamar a iniciativa privada para a exploração de uma atividade lucrativa e, portanto, pelo seu regime jurídico, a contraprestação se dá pela cobrança de tarifa paga pelo usuário. Visto isso, também não seria viável essa forma de delegação na área de saúde, ou seja, a concessão e a permissão não são meios adequados para tal, pois os encargos são suportados pelos cofres públicos. E não poderia ser diferente, já que a própria Carta Magna inclui a saúde como uma atividade social, e não como uma atividade econômica.

Em suma, a gratuidade do serviço de saúde é barreira intransponível do Administrador Público, por justamente ser um serviço público essencial, razão pela qual inviável o repasse a particulares, por meio da concessão, que só tem vez em casos de atividades que permitam a exploração comercial. Logo, não seria possível cobrar dos usuários qualquer tarifa para a prestação do serviço.

Sobre o tema, vale também elucidar que MELLO (2008) repudia o fato de se outorgar uma concessão para uma pessoa prestar serviço de saúde ou de educação, uma vez que tais atividades não configuram serviços privativos do Estado. Isso é, somente se for desempenhado pelo Estado é que estará configurado o regime de serviço público, sendo livre a atividade para os particulares, nos moldes dos artigos 199 e 209 da Carta da República.

Ademais, se não bastassem esses argumentos mencionados, o artigo 2º da Lei 9.074/95 ainda preceitua a necessidade de autorização de lei específica para essa forma de concessão. Ou seja, não seria possível a decisão única e exclusiva do Poder Executivo para esse repasse, mister seria a aprovação do Poder Legislativo, até porque a atividade

administrativa deverá submeter-se ao princípio da legalidade estrita. Essa barreira, porém, não há no Estado do Rio de Janeiro, já que há lei estadual (Lei nº 2876/97) autorizando o Poder Executivo a mudar a forma de gestão dos hospitais públicos do Estado do Rio de Janeiro desde que observada a formação de um Conselho Curador, com poderes de fiscalização e controle, sendo composto de representantes do Poder Público e da sociedade civil.

SOUTO (2004), não obstante rechace o repasse por intermédio de concessões/permissões, entende cabível e viável a terceirização para a execução do serviço por cooperativas. Nesses casos, a justificativa se encontraria no artigo 174, parágrafo 2º da Constituição Federal que, para o autor, trata de um verdadeiro incentivo para servidores aderirem às cooperativas. Todavia, mais uma vez, nessa situação, o que se vê é a burla a regra do concurso público.

SOUTO (2004) rebate tal argumento, afirmando para tanto que não há qualquer violação ao concurso público, uma vez que a exigência do artigo 37, II da CRFB/88 destina-se a provimento de cargo público e não à contratação de serviço, sendo certo ainda que há a competitividade e igualdade no processo licitatório para a escolha da cooperativa. É fato, no entanto, que poderão adentrar no serviço público pessoas incapacitadas e aquém da expectativa para o exercício desse tão importante *munus* público. A Administração Pública, ao licitar para escolher a cooperativa, não tem como prever a habilidade e capacidade técnica de todos os cooperativados que irão prestar efetivamente o serviço público.

É utópica a ideia de que o serviço público de saúde sofrerá mudanças significativas por conta da contratação de cooperativados. Das duas uma: ou ocorre um verdadeiro cabide de empregos e apadrinhamentos, contratando pessoal sem prévia avaliação fidedigna, às custas dos cofres públicos; ou então ocorre uma verdadeira burla aos direitos dos cooperativados, que continuarão mal remunerados, não prestando o serviço de forma adequada e esperada. Achar que o particular pode gerir melhor o orçamento da saúde não é



certo, até porque, na maioria dos casos, o particular não tem tanto comprometimento com a Administração Pública quanto um servidor efetivo.

Como já visto, a participação dos particulares deverá ser de forma complementar, isto é, pela prestação de serviço de atividade meio, como limpeza, vigilância. A administração de um hospital público, porém, já denota a própria atividade-fim da entidade, o que deverá ser repellido, uma vez que essa gestão é desempenhada por médicos, o que traz a necessidade de concurso para o preenchimento das vagas de gestor do nosocômio.

Há de se notar ainda que a noção da expressão “terceiros” extraída do artigo 197 da CF não deve ser confundida com terceirização, pois o que o Constituinte Originário estabeleceu foi a possibilidade – e até mesmo a necessidade – da participação de instituições privadas, de forma complementar no tocante ao serviço de saúde (artigo 199, parágrafos 1º e 2º). Sendo assim, não se pode utilizar esse fundamento para a transferência da gestão de hospitais público, o que seria passar a saúde pública para as mãos de particulares, por inteiro.

A expressão “de forma complementar”, igualmente, tem o condão de afastar a possibilidade de repasse do próprio serviço de saúde, como um todo, pois é o próprio esse seria o próprio objeto a ser desempenhado pelo Poder Público. Nessa esteira, a lei que disciplina o SUS (Lei 8080/90) estabelece, nos artigos 24 a 26, que essa participação complementar só deverá ser admitida quando forem insuficientes as disponibilidades públicas para garantir a cobertura assistencial à população de determinada área. DI PIETRO (2008) afirma que esse fato ocorre porque esse serviço deverá sempre, ainda que de forma parcial, estar subordinado a um regime jurídico de direito público.

O Tribunal de Contas da União já teve inúmeras chances de se manifestar sobre o tema e, em todos os casos levados, fora julgada a irregularidade da contratação de empresas para a prestação de serviços inerentes à missão institucional do órgão ou entidade. Por conta dessas reiteradas deliberações do Tribunal de Contas da União, o Ministério do Planejamento,

Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa nº 02/2008 para traçar certas diretrizes e parâmetros sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.

Na decisão AC-2254-42/08-P do TCU – específica sobre a terceirização do atendimento pré-hospitalar móvel de urgência realizada pela Prefeitura de Barbacena/MG – ficou claro o entendimento do Tribunal de que não seria possível transferir a terceiros o serviço público de saúde sem a devida observância do artigo 24 da Lei 8080/90 e dos ditames constitucionais dos artigos 197 e 199. Essa deliberação levou em conta que a norma o artigo 24 da Lei nº 8080/90 somente permite que a Administração Pública recorra à iniciativa privada quando seus recursos não forem suficientes, ou seja, a participação de instituições privadas no Sistema Único de Saúde deve-se dar de forma complementar.

Nessa ocasião, o Tribunal de Contas ainda determinou à Prefeitura de Barbacena e ao Departamento Municipal de Saúde Pública que permitam apenas a execução indireta de atividades acessórias, instrumentais ou complementares ao terceirizarem serviço na área da saúde pública.

As mortes hospitalares por falta de atendimento, as superlotações, as faltas de aparelho e medicamentos, a má remuneração dos profissionais de saúde – que são obrigados a cumprir vários plantões para incrementar a sua renda, trabalhando diariamente por períodos desumanos – não irão desaparecer como um passe de mágica após a transferência do serviço público para os particulares por intermédio da terceirização. Não se pode desvirtuar o foco de atenção e simplesmente achar que a culpa dessa conjuntura é dos servidores públicos que não conseguem gerir de forma satisfatória o orçamento público.

## CONCLUSÃO

O quadro da saúde pública, tal como está sendo apresentado hoje em dia, é triste e preocupante; por essa razão, a adoção de medidas políticas e administrativas para tentar reverter essa situação mostra-se imperiosa e extremamente necessária. O que, no entanto, configura-se descabido é tentar resolver o problema simplesmente repassando-o para outrem.

O modelo constitucional adotado pela República Federativa do Brasil trouxe ao Estado a incumbência de prestar o serviço público de saúde, serviço esse de cunho social e eminentemente essencial. Fato é que a saúde, por conta do seu *status* constitucional relevante, não se classifica como um serviço público exclusivo, porém a participação dos particulares na prestação desse serviço deverá ocorrer de forma complementar, ou seja, sempre auxiliando o Poder Público, mas nunca o substituindo. Sendo assim, a transferência de um nosocômio público para a iniciativa privada se mostra flagrantemente inconstitucional e ilegal por retirar, de toda uma população, uma das vertentes do axioma maior da dignidade da pessoa humana – que seria o direito à saúde pública.

Conforme visto ao longo do trabalho, a terceirização da gestão de um hospital público viola a regra do concurso público, bem como a moralidade administrativa. A dita eficiência, caracterizada pela suposta melhora no serviço, após o repasse à iniciativa privada, é um argumento parco e, até mesmo, pueril. Afinal, a premissa de que a gestão por particulares é sempre satisfatória é errônea, pois o que garante o sucesso da atividade é a sua gestão, pouco importando a personalidade jurídica adotada.

Ademais, o meio lícito para o repasse da gestão de um serviço público para a iniciativa particular seria a concessão de serviço público, desde que haja prévia autorização legislativa para tanto. Todavia, em se tratando de serviço público de saúde, a concessão não se

mostra viável, pois essa pressupõe a exploração comercial e o serviço público de saúde pressupõe a gratuidade.

O único meio legal, conforme ditames constitucionais, para preencher os quadros públicos é o concurso público, devendo, portanto, ser descartada também a prática de licitação de cooperativas médicas para realizar esse *munus* público. Isso porque, ao contratar uma sociedade, a Administração Pública passa a não realizar a contratação de pessoal que, efetivamente, prestará o serviço, ou seja, não haverá um procedimento idôneo para avaliar a habilidade e a capacidade técnica dos funcionários prestadores do serviço.

O que se deve observar é que a questão da saúde pública, em si, é bem mais séria e profunda, passando pela falta de interesse político e, até mesmo, pelo desvio de verbas destinadas à própria saúde. É louvável a discussão acerca das propostas de como melhorar e implementar o serviço, mas não será “sucateando” a saúde que esse quadro precário irá desaparecer. Em suma: Embora haja uma verdadeira “infecção generalizada” no serviço público de saúde, não é dado ao Estado o direito de praticar a “eutanásia”.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa: a submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVANO, Ana Paula Rodrigues. *Fundações Públicas e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos e outras formas de gestão associada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.