

TERCEIRIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DE PROGRAMAS FEDERAIS DE SAÚDE

Autoria:

Sidnei Di Bacco
Advogado

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL

Dispõe a **Constituição Federal**:

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.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º. É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Da leitura dos dispositivos constitucionais transcritos extrai-se:

- a) a execução das ações e serviços de saúde pode ser feita diretamente pelo poder público ou através de pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197);
- b) a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199, "caput");
- c) as instituições privadas – preferencialmente as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos – poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio (art. 199, § 1º);
- d) é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Assim, a iniciativa privada pode executar as ações e serviços municipais de saúde, todavia, os contratos ou convênios deverão ser preferencialmente firmados com as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

ATIVIDADES PASSÍVEIS DE TERCEIRIZAÇÃO

Somente deve ser terceirizada a ação, serviço ou programa que apresentar a característica da **precariedade**, entendendo-se como tal a atividade: ^{1 2}

a) temporária, com período de duração pré-determinado;

b) instituída e/ou custeada, total ou parcialmente, por outro ente federativo, deixando o município, pois, à mercê de ingerências e decisões externas – exemplo: execução de convênios firmados com o Estado do Paraná e/ou a União Federal;

c) instituída e/ou custeada pelo município, porém, dedicada a atender projeto político pessoal do governante, sofrendo, pois, o risco de ser abolida pelo próximo governo municipal.

Ou seja, a atividade será precária quando trazer em seu bojo uma incerteza quanto à permanência e continuidade ao longo do tempo.

Nesse caso, é – ou pode ser – transitória a necessidade de pessoal. Indubitavelmente, a terceirização apresenta-se como a melhor solução gerencial para o cumprimento de tarefas passageiras, pois, ao seu cabo, os profissionais que a executaram poderão ser dispensados, sem onerar permanentemente o erário, como sucederia com a admissão de servidores efetivos.

A circunstância de as atividades poderem ser executadas por servidores públicos municipais não representa, por si só, impedimento à contratação de serviços de terceiros.

Entendimento nesse sentido acabaria com qualquer possibilidade de terceirização de serviços, pois, na prática, qualquer tarefa “pode” ser executada por servidor público.

Estaria a prefeitura, por exemplo, impedida de transferir a execução de inúmeras atividades que, pacificamente, são admitidas como “terceirizáveis”, tais como construção de obra pública, prestação de serviços

¹ **Precariedade**: qualidade ou estado de precário; **precário**: revogável, incerto, contingente, pouco durável. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1623.

² A “precariedade” **não** é o único atributo útil à identificação das atividades passíveis de terceirização. Há outro, não vinculado à duração da atividade, muito utilizado no direito do trabalho, que examina a natureza da tarefa e sua relação com a ocupação principal da empresa. Nesse caso, a terceirização somente é admissível para a execução de serviços auxiliares, ditos “atividades-meio”. Todavia, essa distinção é de **pouca** valia para as ações e serviços públicos de saúde, porquanto, nos termos dos art. 196 e 197, CF, “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e “são de relevância pública as ações e serviços de saúde”, demonstrando que a promoção da saúde é obrigação do município, ou seja, representa “atividade-fim”, o que afastaria, conforme a doutrina exposta, qualquer possibilidade de descentralização. No entanto, tal prerrogativa é expressamente admitida pelo art. 197, CF: “devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros”.

de conservação, limpeza, copeiragem e vigilância (Súmula 331/TST), limpeza urbana e coleta de lixo, prestação de serviços de transporte escolar, etc.

A execução direta – através de servidores públicos – nem sempre se mostra adequada para o cumprimento de uma ação administrativa. A prefeitura “poderia”, por exemplo, realizar concurso público para a contratação de profissionais – pedreiros, eletricitas, carpinteiros, engenheiros, arquitetos, etc. – destinados à construção de uma obra pública. Teria, obviamente, de também fazer licitação para a aquisição dos materiais de construção necessários. Todavia, o que fazer com os servidores após o término da obra?

Mesmíssima situação é enfrentada pela prefeitura no caso de execução de convênios firmados anualmente com a SEED para o fornecimento de transporte aos alunos da rede estadual de ensino que residem na zona rural. “Poderia” a prefeitura abrir concurso público para a contratação de motoristas e, adicionalmente, fazer licitação para a aquisição de mais ônibus escolares. Entretanto, o que fazer com os motoristas – e respectivos veículos – caso a SEED rescindisse ou não renovasse o convênio e passasse ela própria a transportar os alunos das escolas estaduais?

Nos dois casos, a administração “poderia” executar as tarefas através de servidores efetivos, selecionados através de concurso público, todavia, não o faz por um motivo bastante simples: inconveniência. Na verdade, seria uma rematada bobagem a prefeitura adotar uma solução de tal jaez, pois as necessidades fugazes (obras públicas, execução de convênios, etc.) devem ser atacadas com medidas igualmente transitórias, cabendo ao administrador, então, dentre as diversas vias oferecidas pelo ordenamento jurídico, eleger aquela que implique o menor comprometimento do erário.

Em resumo, o risco de descontinuidade – por questões domésticas e/ou alienígenas – determina a opção administrativa pela terceirização em prejuízo de sua execução direta, via servidores efetivos ocupantes de cargos públicos.

Dessa forma, as atividades avessas à terceirização são exclusivamente aquelas que “devem” ser exercidas por servidores públicos, isto é, as tarefas de natureza essencial e permanente.

Tal exegese é a única que se compatibiliza com os princípios da eficiência e da economicidade – Constituição Federal, art. 37, “caput” e art. 70, “caput”.

Ensina Celso Antonio Bandeira de Mello: ³

Discricionariedade é a margem de "liberdade" que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Portanto, para a execução de atividades precárias a terceirização apresenta-se como a solução mais apropriada.

Os programas federais de saúde – Programa Agente Comunitário de Saúde (PACS), Programa Saúde da Família (PSF), Programa de Erradicação do Aedes Aegypti (PEA), Programa Saúde Bucal (PSB), etc. – apresentam o perfil exigido para sujeitarem-se à terceirização.

**DESPESA OBRIGATÓRIA DE CARÁTER CONTINUADO –
OUTRAS DESPESAS DE PESSOAL – NÃO ENQUADRAMENTO**

Dispõe a **LRF**:

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

Art. 18. (...)

§ 1º. Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

Os dispêndios com terceirização não podem ser considerados "despesa obrigatória de caráter continuado" ou "outras despesas de pessoal".

As atividades que admitem terceirização devem portar a nota da precariedade, isto é, a possibilidade de descontinuidade. Tal característica é incompatível com os requisitos da "obrigatoriedade" e da "continuidade" previstos no art. 17, LRF. Ademais, em regra, a terceirização tem fulcro em contrato e não em instrumento normativo.

Por outro lado, comumente não se trata de "terceirização de mão-de-obra" (art. 18, § 1º, 1ª parte, LRF) e sim de "terceirização de serviços". A distinção pode ser delineada da seguinte forma:

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 420.

Terceirização de mão-de-obra:

a) os empregados da contratada (prestadora de trabalho) subordinam-se à contratante (tomadora de trabalho);

b) os empregados da contratada executam atividades-fim e/ou de caráter essencial/permanente da contratante, podendo, até, substituir e/ou auxiliar empregados desta;

c) os empregados da contratada recebem a mesma remuneração dos empregados da contratante.

Exemplo: Lei 6.019/1974, que dispõe sobre a prestação de trabalho temporário destinado a atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.

Terceirização de serviços:

a) os empregados da contratada (prestadora de serviço) não se subordinam à contratante (tomadora de serviço);

b) os empregados da contratada executam atividades-meio e/ou de natureza precária da contratante;

c) não existe qualquer vinculação entre as remunerações dos empregados da contratada e dos empregados da contratante.

Exemplos: Lei 7.102/1983 (serviços de vigilância bancária) e Decreto 2.271/1997 (conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações).

Observa-se na terceirização de programas federais de saúde:

Subordinação: os empregados do prestador de serviço não se subordinam aos prepostos do município; os poderes hierárquicos (organização da atividade, poder de controle e poder disciplinar) são exercitados exclusivamente pelo prestador de serviço.

Precariedade: sobrevindo a extinção do convênio firmado entre o município e a União Federal, será rescindido o contrato mantido entre o município e o prestador de serviço, havendo, costumeiramente, cláusula contratual específica contendo essa hipótese de rescisão.

Substitutividade: os empregados do prestador de serviço executam trabalhos peculiares, destinados a beneficiários específicos, conforme estipulação contida no contrato firmado com o município e nos regulamentos editados pelo governo federal; a execução prescinde da

participação de servidores do município; há, certamente, a presença de servidores, mas na condição de fiscais e não de executantes; inexistente, pois, a figura da "substituição de servidores e empregados públicos".

Remuneração: não há equivalência remuneratória entre os empregados do prestador de serviço e os servidores municipais investidos em funções semelhantes.

Conclui-se, então:

a) inexistente identidade e/ou confusão entre as atividades exercidas pelos empregados do prestador de serviço e as tarefas desenvolvidas pelos servidores vinculados ao departamento ou secretaria municipal de saúde;

b) o público atendido também é diferenciado;

c) logo, a terceirização de programas federais de saúde constitui-se "terceirização de serviços" e não de "terceirização de mão-de-obra".

TERCEIRIZAÇÃO DE PROGRAMAS FEDERAIS DE SAÚDE – ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO PARANÁ

A jurisprudência da Corte é vacilante a respeito do assunto, mas, com restrições, admite a terceirização de programas federais de saúde, através da contratação de:

Cooperativas de trabalho: consulta do município de Irati, processo 137050/2002, Resolução 3521/2003.

Empresas de terceirização de serviços: consulta do município de Nova Santa Bárbara, processo 312735/2003, Resolução 7555/2003.

Organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público: consulta do município de Terra Boa, processo 191900/2002, Resolução 8174/2002; consulta do secretário estadual de saúde, processo 191370/2001, Resolução 9117/2001.

As atividades que os municípios pretendem terceirizar geralmente são executadas pelos seguintes profissionais de saúde: médico (nível superior), enfermeiro (nível superior), dentista (nível superior), auxiliar de enfermagem (nível de 2º grau) e agente comunitário de saúde (nível de 1º grau, Lei 10.507/2002).

COOPERATIVAS DE TRABALHO

Não se recomenda a contratação de cooperativas de trabalho, haja vista que, rotineiramente, os “cooperados” não são realmente sócios da cooperativa, isto é, não têm poder de voto e nem influenciam no destino da entidade. Ademais, não são de fato trabalhadores autônomos, assim conceituados pela doutrina: ⁴

Trabalhador autônomo, como vimos, é aquele que não transfere para terceiro o poder de organização da sua atividade. Assim, auto-organizando-se, não se submete ao poder de controle e ao poder disciplinar de outrem.

O autônomo exerce atividade econômico-social por sua iniciativa, sua conveniência ou os imperativos das circunstâncias, de acordo com o modo de trabalho que julga adequado aos fins a que se propõe.

Autônomo é o médico no seu consultório, o dentista na mesma situação, o vendedor, qualquer profissional não-subordinado.

Há muitas empresas de terceirização de serviços travestidas de cooperativas de trabalho, em que os “cooperados” são na verdade “empregados”, mas sem quaisquer dos direitos previstos na legislação trabalhista. O legítimo cooperado é trabalhador autônomo e rege-se pelas disposições do Código Civil (contrato de locação civil de serviços, arts. 593 e ss.). ⁵

O Ministério Público do Trabalho tem agido intensamente para desbaratar as falsas cooperativas de trabalho, obtendo decisões judiciais que proíbem as empresas de contratá-las.

Não convém, portanto, que o município adentre em seara tão tempestuosa, até porque, dentre os profissionais de saúde que executarão as atividades terceirizadas, talvez o médico, o dentista e o enfermeiro, que possuem formação de nível superior, possam ser tratados como legítimos “autônomos”, porquanto os demais – auxiliar de enfermagem e agente comunitário de saúde – indiscutivelmente laborarão de forma subordinada.

EMPRESAS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Não se vislumbra possível a contratação de empresas de terceirização de serviços porque as atividades a serem trespasadas pelo

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 264/265.

⁵ As cooperativas de trabalhadores diferenciam-se das empresas comerciais em diversos aspectos. O principal deles é a inexistência de vínculo empregatício entre os seus associados e a pessoa jurídica da cooperativa. Está no art. 90 da Lei 5.764/1971 que “qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”. A legislação trabalhista reitera esse tratamento. As cooperativas autênticas, diferentes daquelas criadas pelos fazendeiros do interior de São Paulo para burlar a legislação trabalhista nas plantações de laranja, têm ainda algumas isenções tributárias. CARRADORE, Enir Antonio. **Cooperativa de Trabalhadores**. www.factum.com.br/artigos/027.htm.

município não se incluem entre aquelas comumente admitidas pela legislação e pela jurisprudência:

Lei 6.019/1974: trabalho temporário (trata-se mais propriamente de "terceirização de mão de obra" do que de "terceirização de serviços").

Lei 7.102/1983: serviços de vigilância bancária.

Decreto 2.271/1997: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. ⁶

Súmula 331/TST: terceirização de serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

A Lei 7.102/1983 e o Decreto 2.271/1997 claramente não se aplicam ao caso. A Lei 6.019/1974 também não tem utilidade, porque o trabalho temporário visa a atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços (art. 2º) e o trabalho prestado a uma mesma empresa não pode exceder o prazo de três meses (art. 10). Por fim, a prestação de serviços de saúde é atividade-fim dos municípios, daí que também não tem serventia a Súmula 331/TST.

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

A contratação de organizações sociais, através de termo de parceria, ou de organizações da sociedade civil de interesse público, mediante contrato de gestão, parece ser a alternativa viável para o município efetivar a terceirização de programas federais de saúde.

O Tribunal de Contas do Paraná admite a utilização dessas entidades para intermediar a contratação de profissionais de saúde, mas impõe o cumprimento das seguintes condições:

a) existência de lei municipal regulamentando a atuação do terceiro setor em conjunto com as atividades do poder público na área da saúde;

b) prévia realização de licitação, quando existente a possibilidade de competição;

⁶ Trata-se de decreto aplicável à administração federal que, todavia, pode ser adotado como parâmetro pelos municípios, consoante entendimento do Tribunal de Contas do Paraná (parecer emitido pelo Ministério Público no processo 137050/2002, consulta formulada pelo Município de Irati).

c) atuação do terceiro setor de forma complementar a ação estatal, nos termos do art. 199, § 1º, CF, pois a possibilidade da participação da iniciativa privada e de entidades sem fins lucrativos na área da saúde não desobriga o poder público de manter uma estrutura que ofereça um mínimo de serviços públicos à sua população;

d) assinatura de termo de parceria (organizações sociais) ou contrato de gestão (organizações da sociedade civil de interesse público);

e) prestação de contas dos recursos junto ao Tribunal de Contas.

Nos termos das Leis 9.637/1998 e 9.790/1999, somente as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos poderão qualificar-se como "organizações sociais" e "organizações da sociedade civil de interesse público".

Todavia, não basta que a entidade contratada comprove ser detentora do título de OS ou de OSCIP. A leitura dos citados instrumentos legais indica que tais entidades podem atuar em diversas áreas, por exemplo, assistencialismo, microcrédito, saúde, educação e meio-ambiente. Desta forma, o ato constitutivo ou estatuto social da entidade deverá expressamente autorizá-la a atuar na área da saúde pública (habilitação jurídica: Lei 8.666/1993, art. 28). O título conferido pelo Ministério da Justiça igualmente deverá contemplar essa atividade. O município também deverá aferir a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal da entidade (Lei 8.666/1993, arts. 29 e 31). É desejável, por fim, que a entidade comprove experiência na área a ser terceirizada (qualificação técnica: Lei 8.666/1993, art. 30).

O município não está obrigado realizar licitação para a seleção e a contratação de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público

Dispõe a **Lei 8.666/1993**:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

A Lei 8.666/1993 refere-se somente a "organizações sociais", todavia, o permissivo legal admite interpretação extensiva para abarcar também as "organizações da sociedade civil de interesse público", pois ambas as entidades possuem natureza jurídica semelhante e estão autorizadas a firmar parcerias (em sentido genérico) com o poder público.

Embora dispensável a licitação, convém que o município torne público o seu interesse de terceirizar a execução de programas federais de saúde, de sorte a atingir dois escopos: obter o negócio mais vantajoso, ou seja, a contratação pelo menor custo possível, e observar o princípio da isonomia, assegurando a qualquer OS ou OSCIP o ensejo de contratar com a administração.

CONCLUSÃO

O administrador deve ter o cuidado de avaliar o custo-benefício da terceirização da execução de programas federais de saúde através de entidades do denominado "terceiro setor".

Em regra, a contratação direta dos profissionais de saúde é menos custosa, todavia, as leis municipais geralmente estipulam vínculo por prazo determinado de até dois anos e proíbem a recontração dos mesmos profissionais, antes de decorrido determinado prazo do encerramento do contrato anterior, o que representa um grande obstáculo gerencial, porquanto a exigência legal de remanejamento do pessoal a cada biênio impede a formação de equipes de saúde permanentes e estáveis, prejudica a continuidade e a qualidade da execução dos programas, e implica a necessidade de a administração constantemente ter de investir onerosas quantias em cursos de formação e de aperfeiçoamento, o que certamente será mitigado se as equipes forem fixas.

Por outro lado, a terceirização dos serviços viabilizará a manutenção de equipes de saúde imutáveis, já que os entes privados estão autorizados a firmar contratos de emprego por tempo indeterminado, sob a égide da CLT, ao passo que os municípios, em geral submetidos ao regime de trabalho estatutário, somente estão autorizados a pactuar contratações celetistas pelo prazo de até dois anos.⁷

⁷ Contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 37, inciso IX, CF. No âmbito federal, ver a Lei 8.745/1993.