

TERCEIRIZACAO NO SETOR PÚBLICO BRASILEIRO: UM OLHAR SOBRE A SAÚDE E A EDUCAÇÃO

Katia Rubia Leite

Mestre em Direito do Estado no Estado Democrático do Direito - Universidade de Franca
Professora do Centro Universitário UniEVANGELICA, Anápolis-GO
e-mail: biapaz@hotmail.com

Rildo Mourão

Advogado

Angélica Gouveia Lima

Professora de Prática Simulada Trabalhista na Faculdade Raízes
Professora de Direito do Trabalho e de Estágio Supervisionado Trabalhista
do Centro Universitário de Anápolis-GO

Danielle da Silva

Aluna do Curso de Direito do Centro Universitário UniEVANGELICA, Anápolis-GO

Recebido em: 15/12/2017

Aprovado em: 18/05/2018

RESUMO

Este artigo é extraído da Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito a aluna Danielle Veríssimo da Silva, sob a orientação da Professora Mestre Kátia Rúbia Leite. O estudo bibliográfico da terceirização aplicada ao setor público brasileiro aborda a evolução histórica das relações de trabalho e do capitalismo para contextualizar a o tema e explicar os objetivos de sua consecução, qual seja, o implemento das ideias neoliberais como forma de alcançar a desburocratização, a eficiência e a economicidade na execução dos serviços por meio de um procedimento licitatório. A pesquisa trafega pelo direito constitucional e administrativos por meio de seus princípios e em termos infra constitucionais, para compreensão do instituto, há que se buscar a sua base normativa principalmente nas Leis n. 8.666/93, na Súmula n. 331/2011 do Tribunal Superior do Trabalho, nas instruções normativas n. 02/2008 e n. 3/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e no Decreto n. 200/67. Por fim, a pesquisa vai evidenciar as divergências doutrinárias quanto aos limites da terceirização como atividade-meio e atividade-fim, o que acarretará a abordagem da atuação das Organizações Sociais na saúde e educação, como meio de efetivação da terceirização.

Palavras-chave: Terceirização. Princípio da eficiência. Organizações sociais.

OUTSOURCING IN THE BRAZILIAN PUBLIC SECTOR: A LOOK AT ABOUT HEALTH AND EDUCATION

ABSTRACT

This article is extracted from the Monograph presented to the UniEvangelica Course of Work, as a partial requirement to obtain a bachelor's degree in Law from Danielle Veríssimo da Silva, under the guidance of the Master Professor Kátia Rúbia Leite. The bibliographic study of outsourcing Applied to the Brazilian public sector addresses the historical evolution of labor relations and capitalism to contextualize the theme and explain the objectives of its achievement, in, the implementation of neoliberal ideas as a way to achieve the reduction of bureaucracy, efficiency and economics in the execution Services through a tendering procedure. The research travels through constitutional and administrative law through its principles and in infra constitutional terms, for understanding the institute, one must seek its normative base mainly in Laws n. 8,666 /93, in Precedence n. 331/2011 of the Superior Labor Court, in the normative instructions n. 02/2008 and n. 3/2009, of the Ministry of Planning, Budget and Management, and Decree n. 200/67. Finally, the research will highlight the doctrinal divergences regarding the limits of outsourcing as a medium-activity and end-activity, which will lead to the approach of the Social Organizations in health and education, as a means of effecting outsourcing.

Keywords: Outsourcing. Principle of efficiency. Social organizations.

1 INTRODUÇÃO

A temática da terceirização no setor público brasileiro é largamente difundida pelos meios midiáticos, todavia, o tema tem elementos e detalhes que impactam e diferenciam o instituto que merecem um olhar mais aprofundado. Assim o estudo parte do histórico do instituto, a base normativa que determina sua limitação conceitual e o objeto terceirizante como uma atividade-meio ou atividade fique se aperfeiçoa no procedimento licitatório como mecanismo de controle.

A pesquisa da base normativa da terceirização no setor público brasileiro – um olhar sobre a saúde e a educação vai demonstrar a multidisciplinaridade e os limites legais normativos do instituto destacando-se os princípios constitucionais administrativos, a Lei n. 8.666/93, a Súmula n. 331 do TST, as instruções normativas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão acerca da temática, bem como outras normas pertinentes e o procedimento.

A exposição da efetivação da terceirização será abordada ainda considerando-se a divergência doutrinária acerca do limite da terceirização na execução de atividades de apoio evidenciando-se as Organizações Sociais- OS, como meios terceirizantes.

2 O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO BRASILEIRO – HISTÓRICO, CONCEITO, CARACTERÍSTICAS

A busca pela origem da terceirização exige um apanhado histórico acerca do desenvolvimento das relações trabalho e dos modos de produção capitalistas. Para tanto, serão destacadas as formas de desenvolvimento das relações trabalhistas nos diferentes períodos históricos.

Na Idade Antiga, prevaleceu o regime escravocrata, no qual os prisioneiros de guerra eram submetidos a regimes forçosos de execução de tarefas, desumanos e sem remuneração, não havia de fato ou de direito uma relação de trabalho, a exploração e a degradação sem garantia de direito nem de vidas. Os escravos eram condenados ou devedores de obrigação que pagavam penas corporais. Nas palavras de Meireles (2008, p. 67):

No período histórico da Idade Antiga, prevaleceu o regime de escravidão, ao qual eram submetidos os prisioneiros de guerra pelos povos vencedores, não havendo, de maneira nenhuma, qualquer traço característico de uma relação de trabalho, vez que era prestado sob forma de exploração humana e sem qualquer tipo de remuneração.

A Idade Média pautou-se na troca da mão de obra por moradia e alimentos, apontada como a continuidade do cerceamento da liberdade do período escravocrata, em uma nova situação jurídica. A Idade Moderna, com o desenvolvimento do comércio, por meio da burguesia, pautou-se na inserção da dinâmica capitalista, que efetivamente deu impulso as relações trabalhistas e, conseqüentemente, para o desenvolvimento das relações trabalhistas baseadas na “mais valia” que no cenário de sua aplicação e aperfeiçoamento tem o intuito de alcançar um maior capital e produtividade, que as diferentes formas de produção capitalistas se desenvolvem. (KIAN, 2016).

O primeiro modelo é caracterizado como a verticalização da produção, na qual a fábrica contempla as diferentes etapas produtivas. Enquanto, o segundo modelo, uma concentração dos esforços fabris no produto final e a delegação das fases intermediárias a terceiros. Observa-se que o último modelo de produção capitalista, o toyotista, desperta a atenção para o implemento de um padrão horizontal de produção. (TEIXEIRA, 2004).

O ideal de uma maior eficiência alcançada com a delegação de tarefas estratégicas a terceiros, propagado pelo modelo toyotista, surgiu na Segunda Guerra Mundial. O seu implemento tornou-se conhecido como terceirização, que desenvolveu-se da necessidade de fornecer um maior suplemento bélico aos americanos durante a Segunda Grande Guerra. A demanda por um maior arsenal militar e com maior urgência para a coalizão dos EUA com países europeus para combaterem o Japão e as forças nazistas fez necessário a delegação das atividades suportes, das indústrias bélicas, a terceiros. (KIAN, 2016).

A busca pela eficiência e a consecução das ideias neoliberais abre espaço para a implementação da desestatização, que no arcabouço normativo brasileiro foi expressa por meio do Programa Nacional de Desburocratização de 1979 e dos Programas Federais de Desestatizações dos anos 90 e 92. Em consequência desses programas, a administração pública brasileira começa um processo de desestatização por, pelo menos, quatro vias: privatização, concessão de serviços públicos, publicização e desregulamentação. (SILVA, 2011).

A desestatização foi abordada como a ideologia propagada na sociedade contemporânea que visa a uma maior autonomia com o afrouxamento da proteção do Estado com a concessão de serviços públicos, seria a transferência do exercício do serviço público para um terceiro, que o executaria por sua conta e risco. No entanto, a titularidade continuaria no domínio do Estado. Já a privatização e a desregulamentação foram concebidas como formas de consecução da ideologia da desestatização. (PINTO, 2016).

Já a publicização é caracterizada como o movimento que transfere ao setor público não estatal, as entidades paraestatais, a execução de atividades outrora desenvolvidas pelo Estado. Todavia, a administração pública participa continuamente de sua execução, subsidiando a execução das atividades e desregulamentação aponta para a extinção total ou mesmo que parcialmente das regras de mercado e a privatização, se refere à transferência de empresas e suas atividades estatais para o setor privado. (SILVA, 2016).

Assim, a terceirização desponta como mais um instrumento desestatizante utilizado pela Administração Pública com o objetivo de desenvolver os ideais neoliberais. Na prática opera-se pela descentralização dos serviços como atividade meio que mediante um contrato integra pessoas jurídicas do setor público ou privado para que prestem serviços por via de concessão ou permissão. Nas palavras de Silva (1999, p.101):

A redução dos custos e o aperfeiçoamento da máquina administrativa exigiu a descentralização dos serviços. A redução dessa atividade do Estado, além da privatização encontra diversos caminhos: desde a ‘declaração do serviço público’, pela via da concessão e da permissão. A permissão pode referir-se a uma atividade meio da administração, voltando-se o contrato quer para outra pessoa jurídica integrante da administração, quer para outra pessoa jurídica não integrante da administração, ou para pessoa física com as mesmas possibilidades das pessoas jurídicas, podendo os serviços serem prestados no estabelecimento do contratado ou da administração. Neste contexto, passou a ser ampliada a possibilidade de terceirização, interessando-nos o estudo mais de perto das alternativas para atendimento às atividades meio da administração.

No Brasil, a inserção da terceirização sucedeu-se no pós-guerra, por meio das indústrias automobilísticas na década de 50, que implementaram os valores do modo de produção toyotista. Todavia, o desenvolvimento do modo terceirizante, no setor público advém do implemento das ideias neoliberais, as quais visavam conter o excesso de gastos da máquina estatal e a ineficiência na execução das tarefas públicas. Nas bases ideais neoliberais, o Estado primária por conferir uma

maior liberdade aos indivíduos e ao mercado, tendo a função precípua de regulação com o intuito de evitar arbitrariedades. (KIAN, 2016).

2.2 Conceito

O conceito de terceirização é difundido, de forma majoritária, pela doutrina e jurisprudência como repasse da execução de atividade-meio a terceiros. Todavia, a natureza da atividade-meio, a depender da interpretação doutrinária *latu sensu* ou *strito sensu*, poderá ser compreendida como serviço público ou simplesmente serviço. (TEIXEIRA, 2004).

A terceirização aplicada à Administração Pública é conceituada por suas maiores características, a transferência da execução de tarefas afeitas ao Estado para terceiros por meio de concessão e permissão.

Silva (2011, p. 89), elucida: “na terceirização a Administração Pública apenas transfere a execução material de determinadas atividades, ao passo que as concessionárias e permissionárias de serviços públicos também recebem a gestão operacional” e a forma de gestão. Quanto às formas de gestão do serviço público pode ser concernente a direção estratégica do serviço público; operacional e material. Nesse sentido, a transferência da execução do serviço público a terceiros, se centraria no repasse da gestão material. (DI PIETRO, 2015).

3 A BASE LEGAL DA TERCEIRIZAÇÃO

O tema tem como base legal reguladora a o Direito Constitucional, por seus princípios e normas ensejadora da previsão do instituto cuja normatização se completa infraconstitucionalmente a base do Direito Administrativo no que diz respeito à atividade da terceirização no setor público além das leis, decretos, súmulas específicas que vão especificar os limites da terceirização.

A Constituição da República Federativa do Brasil é a lei maior do sistema normativo brasileiro, e contempla no capítulo intitulado “Da administração Pública”, em seu artigo 37, *caput*, os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, principalmente no que concerne às normativas aplicadas à administração pública, a terceirização era uma forma de execução indireta de serviços da administração pública, a sua consecução deverá zelar pelo implemento dos princípios constitucionais da administração. (DI PIETRO, 2015).

A Lei n. 8.666/1993, que regula a prática licitatória é um exemplo de fonte legal. Em seu parágrafo 2, estabelece a necessidade de licitação para serviços atinentes a administração pública, os quais são contratados com terceiros. Afirma, ainda, que o contrato deve ser interpretado como

“todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação” (BRASIL, 1993). Mister se faz destacar, que licitação é aplicada a terceirização, devido a sua concepção como contrato de serviço. Todavia, o seu regime jurídico, ainda, não encontra tratamento majoritário e específico na doutrina. Foi abordado por Celso Antônio Bandeira de Mello, como um conceito genérico acerca da delegação de serviços do setor público a iniciativa privada. (MELLO, 2015).

Por seu turno, Maria Sylvia Di Pietro (2014), especifica a terceirização em capítulo destinado a temática dos contratos administrativos, mas, a justifica como uma contratação apta a assumir várias formas que tenham como objeto a consecução de atividade de apoio, excluindo-se a pública. Expressa como exemplos a empreitada, a locação de serviços, o fornecimento, que são disciplinados pelo procedimento licitatório.

Por fim, cabe ressaltar que a prática de execução indireta de serviços, no setor público, também foi abordada no campo do Direito do Trabalho, por Maurício Godinho Delgado. Todavia, seu regime jurídico não foi restringido, é o principal, objeto de abordagem do autor, as fontes normativas específicas que regulamentam o tema. (DELGADO, 2015).

Como base legal específica da terceirização, ainda que não possua uma lei que discipline seus contornos no âmbito privado, no âmbito público possui legislações que fazem referências em relação a sua sistemática. É referência jurídica comum, de aplicação no setor privado e público, desponta a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. (DELGADO, 2015).

No âmbito trabalhista, a terceirização foi abordada pelo enunciado n. 256/86 que vedava a prática de contratação de trabalhadores por empresas interpostas, caso não se tratasse de trabalho temporário ou de serviços de vigilância, disciplinados nas Leis n. 6.019/74 e 7.102/83. A restrição, na exposição de Maria Sylvia Di Pietro, devia-se ao fato da terceirização ser vista como um contrato, que comercializava a mão de obra humana. (DI PIETRO, 2014).

Todavia, com o tempo, houve diferentes concepções acerca da temática, foi editada a súmula n. 331 do TST, com alterações pontuadas pela resolução n. 96/00. A verbeta sumular passou a disciplinar o instituto da terceirização, tornando o enunciado n. 256/86 inaplicável (DI PIETRO, 2014). Essa súmula tratou da terceirização, no setor público e privado. Estabeleceu a ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, porém, no caso da administração pública, foi além, ao determinar que tal prática não gera vínculo com o setor público. Ademais, estabeleceu, em relação à iniciativa privada que os serviços inerentes à atividade-meio do tomador, desde que inexistente subordinação direta e pessoalidade, não geram vínculo empregatício. (BRASIL, 2011).

Também, foi decretado pela súmula, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da administração pública, em face do inadimplemento das obrigações trabalhistas e a tomadora de

serviços por ter sido partícipe na relação processual, bem como ao constar no título executivo (BRASIL, 2011). A exegese do inciso IV da súmula, no que diz respeito à responsabilização subsidiária da administração pelos encargos trabalhistas, desde que faça parte da relação contratual, gerou um dualismo quando comparada com o artigo 71 da lei Licitações, a qual não repudiava a responsabilidade do setor público. A suposta contradição foi pontuada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 do Distrito Federal, que julgou constitucional o artigo da lei n. 8.666/93, todavia, admitiu a possibilidade de um julgo em cada caso concreto para averiguar se houve falha na fiscalização da administração pública. (DI PIETRO, 2014).

Após a conclusão da ADC n. 16/DF, o Tribunal Superior do Trabalho, como base no acórdão do Supremo Tribunal Federal modificou a verbeta sumular e acrescentou dois novos incisos. No âmbito privado, com as alterações da súmula, passou a ser reconhecida a responsabilização subsidiária do tomador de serviços, desde que, presente na relação processual. Já, no setor público, a responsabilização subsidiária pelas verbas trabalhistas foi condicionada ao período de vigência do contrato e a evidente caracterização de uma conduta culposa por parte da administração pública. Enfim, a ausência de fiscalização da prestadora de serviço, no que concerne o cumprimento das obrigações trabalhistas. (DI PIETRO, 2014).

No plano legal orçamentário, vale ressaltar a menção constante na Lei de Responsabilidade Fiscal, qual seja a contabilização no plano de gastos das despesas advindas com a “terceirização da mão de obra”. Em uma análise preliminar, a expressão pode revelar uma admissão da contratação de mão de obra. Todavia, a doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro destaca a infelicidade do legislador no uso do termo e sua posterior correção, por meio da Lei de Diretrizes Complementares de 2012, que esclarece o significado da expressão como a substituição de servidores ou funcionários públicos, ou como contratação de pessoal para atender necessidade temporária. (DI PIETRO, 2014).

As instruções normativas n. 2/2008 e 3/2009, editadas pelo Ministério do Planejamento, Gestão e Orçamento, embora de aplicação no âmbito federal, delineiam contornos específicos sobre a terceirização. A instrução normativa n. 2/2008, traz expresso em seu artigo 6, parágrafo único, a vedação do reconhecimento do vínculo empregatício com o setor público. (BRASIL, 2008).

E mais, o caput do seu artigo 6 faz referência ao rol de atividades do Decreto n. 2.271/97, as afirmando como serviços de apoio dignos do instituto da terceirização. Não obstante, em seu artigo 7, elenca atividades a serem executadas preferencialmente de forma indireta, como: “as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeirarem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.” (BRASIL, 2008).

Em relação as fontes legais, ainda, cabem menção ainda Ao Decreto-Lei 200/67, Lei n. 5.645/70, Lei n. 9.527/97, Lei n. 8.987/95, Lei n. 9.472/97 e Decreto 2.271/97. O Decreto-Lei n. 200/67 foi considerado o percussor normativo da contratação de serviços, no setor público, todavia, criticado por suas falhas ao não estabelecer limites quanto as atividades passíveis de contratação.

No Brasil, a terceirização no serviço público apenas recebeu regulamentação jurídica a partir do final da década de 1960, por meio do DL nº 200/67. (...) A partir do primeiro marco legislativo sobre a contratação de serviços no âmbito da Administração Pública, foi autorizada a descentralização administrativa de tarefas auxiliares do Estado para a iniciativa privada, por meio do art. 10, § 7º, do DL nº 200/67 (...) A leitura isolada do dispositivo legal em destaque demonstra, por si só, sua fragilidade ao não estabelecer limites precisos quanto às atividades passíveis de contratação indireta (as denominadas “tarefas executivas”). (VIANA, 2011).

Em uma tentativa de determinar as atividades aptas a terceirização, a lei n. 5.645/70 trouxe um rol exemplificativo, que reunia “atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas” a serem executadas preferencialmente, por meio de contratos. As atividades em comum possuíam um cunho de apoio, instrumental. (DELGADO, 2015).

Anos mais tarde, a Lei n. 5.645/70 foi revogada, e as atividades passíveis de terceirização, disciplinadas pelo Decreto n. 2.271/97. O decreto estipulou a possibilidade de execução indireta “das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares no âmbito da Administração Pública central”. Além disso, trouxe um rol de atividades que deveriam primar por uma execução indireta, bem como vedou a contratação de serviços dos cargos atinentes aos planos de cargos dos órgãos e entidades. (VIEIRA, 2009).

As Leis n. 8.987/95 (concessão e permissão de prestação de serviços públicos na área elétrica) e n. 9.472/97 (concessão e permissão de prestação de serviços públicos na área de telefonia) fizeram menção expressas, autorizando a prática de terceirização quanto “as atividades inerentes, acessórias e complementares do serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.” (DELGADO, 2015).

O entrave das normativas citadas foi, na concepção de Maurício Godinho, o perigoso alargamento das atividades aptas a execução indireta, ou seja, até mesmas aquelas, objetos de concessão, consideradas “atividades-fim”. No entanto, conforme destaca o doutrinador, a jurisprudência consagrou os princípios basilares do ordenamento jurídico e primou pela proibição da terceirização nas atividades inerentes aos serviços concedidos. (DELGADO, 2015).

4 A EFETIVIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO APLICADA NO BRASIL – ATIVIDADES-MEIO E ATIVIDADES-FIM

O conceito difundido, no estudo em questão, sobre terceirização no setor público foi pautado na concepção de Maria Sylvia di Pietro. Sustentado a terceirização como a execução indireta de atividades-meio por terceiros, que outrora eram desempenhadas diretamente pela administração pública. Em sua obra *Direito Administrativo*, a autora não caracteriza de forma direta as atividades-meio, mas, pontua normativas que a caracterizam como o objeto a ser executado de forma indireta. (DI PIETRO, 2015).

Em referência a Instrução Normativa n. 3/97, do Ministério do Trabalho, destaca a limitação prestacional de serviços pela empresa terceirizada, que deverá centrar-se em atividades específicas e diversas das caracterizadas no contrato social da empresa tomadora de serviços. Em abordagem posterior, ao discorrer sobre o Decreto n. 2.271/97, ressalta a vedação de execução indireta de “atividades inerentes as categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade.” (DI PIETRO, 2015).

Por outro lado, Patrícia Pinheiro Silva *apud* Maria Sylvia Zanella di Pietro, além da característica de atividade-meio aborda outro ponto característico dos limites da terceirização difundidos pela doutrinadora, a forma de gestão. No processo terceirizante, transfere-se apenas a gestão material, ou seja, a “execução material de prestações do serviço”. A gestão estratégica (direção e estratégia) e a gestão operacional (regulação e otimização) dos serviços não são objeto de transferência. (SILVA).

Nesse sentido, Maria Sylvia Di Pietro diferencia a terceirização da concessão, que, além do repasse da execução material, transfere a gestão do serviço público, atividade-fim. Na concessão, a concessionária é a prestadora do serviço público concedido, enquanto na terceirização é a Administração a prestadora um serviço público. (SILVA).

De diferente maneira, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello concebe o instituto da terceirização. O atribui com a significação de “passar para particulares tarefas que eram desempenhadas pelo Estado”, sem intitular distinções e limitações de gestão e atividades, aponta como meios de efetivação a concessão, a permissão, a delegação, o contrato administrativo de obras, de prestação de serviços. E, por fim, ressalta a inviabilidade de trabalhar com um instituto que engloba tão diferentes formas de regime jurídico. (MELLO, 2015).

Por conseguinte, verifica-se que o conceito de terceirização propagado pelo renomado doutrinador, de repassar a execução de tarefas, outrora desempenhadas pela Administração Pública, para particulares, enquadra-se o modelo gerencial das Organizações Sociais (OSs), como forma de efetivação. Afinal, conforme qualificação dada pelo próprio autor, entende-se por

Organização Social, o título conferido a ente privado que celebrou contrato de gestão com a Administração Pública para a consecução de serviço público. (MELLO, 2015).

Dessa forma, a Lei n. 9.637/98, que disciplina sobre as OSs, em âmbito federal, poderia ser entendida como fonte normativa específica da terceirização. A normativa regula, em nível da União, os requisitos para se conceber uma Organização Social, limitando às entidades paraestatais, sem fins lucrativos, que desenvolvem atividades relacionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. (BRASIL, 1998).

A administração pública celebra contrato de gestão com as OSs para a consecução de serviços sociais. Todavia, não há a necessidade de serem precedidos de licitação, pois a própria normativa dispensa a exigência, embora a perpetue no caso de contratação pela entidade. (DI PIETRO, 2015). Assim, considerando a atualidade da forma de execução de serviço público por OS, nos tópicos que se seguem, será analisada sua aplicação nas áreas da saúde e educação.

A terceirização na Saúde segundo a Constituição Federal (CF) em seu Título VIII, seção II, dispõe sobre a saúde, e no artigo 196 a apregoa como um direito de todos e dever do Estado. Enquanto, no artigo 197 concebe a possibilidade de sua prestação ser de forma direta ou por meio de terceiros, além de pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988).

Na continuidade de disposições acerca da saúde, a CF impõe um obstáculo a sua prestação indireta por meio de terceiros. No artigo 199, parágrafo 1, estabelece que as instituições privadas, de preferência as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, poderão atuar com o poder público no sistema único de saúde. Todavia, além de obedecerem às diretrizes do sistema deverão celebrar contrato de direito público ou convenio, e participarem de forma complementar. (BRASIL, 1988).

A respeito da atuação da iniciativa privada, como forma indireta de prestação de serviço público, pelo Poder Público, alguns conceitos doutrinários distintos devem ser ressaltados. Os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, concebem a saúde como o serviço social, que quando prestado por particulares classifica-se como um serviço privado e quando desenvolvido pelo Poder Público, como serviço público. (ALEXANDRINO; PAULO, 2014).

Nessa linha, os autores concebem os serviços executados pelas OSs como privados. Em suas palavras:

As organizações sociais não são delegatárias de serviço público, ou seja, não exercem, por delegação (concessão, permissão ou autorização de serviços públicos), sob regime jurídico de direito público, atividades de titularidade exclusiva do poder público, e sim atividades privadas de utilidade pública ou interesse social, em seu próprio nome, com incentivo (fomento) do Estado. (ALEXANDRINO; PAULO, p. 145).

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro, por sua vez, concebeu que as Organizações Sociais (OS), aparentemente, prestam um serviço privado. Porém, na realidade desenvolvem uma

prestação de serviço público. A autora justifica sua ideologia citando as OS atuantes na área da saúde, afirmando que a obediência a princípios consagrados no artigo 198 da CF, bem como do artigo 7, da Lei n. 8.080/90, caracteriza uma prestação de serviço público. (DI PIETRO, 2015).

Em outro norte pauta-se o Supremo Tribunal Federal para qualificar a prestação de serviços pelas entidades privadas, principalmente as OSs. A suprema corte, no julgamento da constitucionalidade da Lei n. 9.637/98, discriminou os serviços sociais prestados pelas organizações sociais, como serviços públicos. E mais, afirmou que os serviços públicos concebidos por estas instituições são prestados pelo Estado, de forma indiretamente. (BRASIL, 1999).

Nessa linha, como forma de efetivação da terceirização, abordar-se-á a prestação de serviço público de saúde pelas OS. De início, cumpre salientar que no Brasil, segundo notícia vinculada pelo site O Globo, doze estados-membros adotaram o modelo de gestão na saúde, a justificativa está baseada na tentativa de diminuir a burocracia existente no setor público. (WERNECK; BOTTARI, 2016).

A desburocratização e a agilidade em se adquirir insumos foram fatores positivos apontados em estudo sobre o Hospital de Urgências de Anápolis Dr. Henrique Santillo, que é gerido pela OS Fundação de Assistência Social de Anápolis-FASA, desde o ano de 2010. (BARBOSA et al, 2014).

O estudo ressaltou a generalidade do modelo de gestão na rede hospitalar estadual goiana. Foi apontado como fator positivo, além do elencado, a economicidade alcançada pela eliminação do desperdício, corriqueiro com o gestor público, por meio de estoques de produtos vencidos. Todavia, a pesquisa apontou fatores negativos, centrados, principalmente na forma de escolha da entidade privada. (BARBOSA et al, 2014).

Os pesquisadores apontaram a falta de experiência da OS com a gestão por resultados, o que acarretou a necessidade de aditamento do contrato para diminuïrem as metas a serem alcançadas, por consequência, a falha atestou a inexperiência da instituição FASA com o método em gerenciamento. Em conclusão sugeriram a necessidade de revisão do processo de habilitação:

[...] com um novo desenho que promovesse a seleção de entidades com base em processo licitatório que avaliasse as entidades candidatas ao contrato de gestão, considerando: tempo de experiência na gestão de serviços de saúde, resultados no desempenho dessa função e em proposta de orçamento e metas para a unidade. (BARBOSA, 2014, p. 139).

Em contrapartida, estudo da gestão por OS na rede primária de atenção à saúde do município de Botucatu-SP, apontou que mais de 80% da população aprovam a gestão do serviço de saúde por meio das OSs. A experiência positiva do município é apontada em números, com um maior número de atendimentos realizados, bem como uma maior disponibilização de pessoal.

Todavia, os estudiosos ressaltam a necessidade de vigilância e fiscalização por parte da Administração Pública para que em casos de falhas, sejam aplicadas sanções punitivas e corretivas. (RODRIGUES; SPAGNUOLO, 2014).

Outro ponto a ser explanado, centra-se no questionamento quanto a extensão da participação da iniciativa privada na prestação do serviço de saúde afeto ao Sistema Único de Saúde (SUS). O artigo 199, parágrafo 1, da CF, concebe que participação do ente privado deverá ser de forma complementar (BRASIL, 1988). Segundo o pesquisador Marcos de Oliveira Vasconcelos Júnior a participação complementar veda a retirada do Estado da prestação do serviço de saúde ou, até mesmo, sua prestação de forma dependente com a iniciativa privada. Em sua pesquisa apregoa-se a ideia de necessária atuação direta do Poder Público. (OLIVEIRA JUNIOR, 2014).

Em sentido oposto, Fernando Borges Manica perpetua a ideia de uma interpretação constitucional que consagra a ideia de retirada do Estado da prestação direta como escoreita. Na concepção defendida pelo estudioso, o SUS compõe um leque de atividades, a iniciativa privada, cabendo a participação parcial no sistema, é adstrita apenas à consecução das tarefas, nesse viés consagra-se sua participação complementar. (MANICA, 2008).

Merece destaque a terceirização efetivada na atividade-meio do serviço de saúde como, por exemplo, o serviço de limpeza. Por vezes, essa modalidade de prestação de serviços é caracterizada como precária para os trabalhadores. São apontados, os problemas na saúde do trabalhador, concebidos após o início do trabalho em empresas terceirizadas. (SILVA et al, 2014).

Por conseguinte, conclui-se que a terceirização poderá ser concebida na atividade-fim da saúde, as Organizações Sociais são um dos entes privados responsáveis pela sua consecução. Porém, apesar de sua larga difusão nos modelos de gestão estaduais brasileiros, a participação da iniciativa privada gera dúvidas, principalmente, no que diz respeito aos limites de serviço complementar.

A Terceirização na Educação é um serviço social que foi interpretado pelo STF como serviço público mesmo quando prestado pela forma de gestão indireta por parte do Estado. Sua regulamentação está sedimentada no título VIII, seção IV, capítulo III, artigos 205 a 214, da Carta Magna. (BRASIL, 1988). O artigo 205 da CF a estabelece como dever do estado e da família e, no artigo 209, a estabelece como livre a iniciativa privada. Assim, nesses termos, que o Supremo Tribunal Federal concebeu a consecução do serviço de educação por meio de uma prestação indireta, na qual se faz uso das OSs. (BRASIL, 2015).

Apesar da concepção propagada pela Suprema Corte, no Brasil a prática desse tipo de prestação indireta pelo Estado, com o uso de entes privados sem fins lucrativos na gestão de escolas, por exemplo, é inexistente. Todavia, a inovação desponta no estado de Goiás, que,

pioneiramente, nos últimos dois anos, tenta empreender a ideia de gestão de escolas públicas por meio de OSs. A secretaria de Educação, Cultura e Esporte do estado, Raquel Teixeira, do estado goiano, defende o modelo e o afirma como permissivo para o diretor de escola focar na gestão pedagógica. (BANDEIRA, 2015).

O jornalista Frederico Vitor, ressalta que a reforma administrativa na educação é um modelo americano que no país galgou altos índices de rendimento. Nos Estados Unidos, as escolas signatárias ao modelo são conhecidas como “charters schools”, as quais a partir de sua implantação nos anos 90 alcançaram índices de padrão de ensino elevados, culminando na importação do modelo por diversos países, como Reino Unido, Austrália, França e Japão. (VITOR, 2015).

Os americanos implantaram os “charters schools” com o intuito de alcançarem melhores índices de resultados, por meio da aliança do setor público e da sociedade organizada e da desburocratização. O modelo revelou-se tão produtivo, que para usufruir de uma vaga, devido à concorrência, os candidatos a alunos são sorteados. (VITOR, 2015).

No estado de Goiás, inicialmente, planeja-se a implantação de dois modelos, um que terceirizará parte da gestão e outra que engloba, apenas, a parte estrutural, como reformas, limpeza, manutenção. Os dois modelos permitiriam uma maior disponibilidade do diretor para se centrar em questões pedagógicas. (BARREIRA, 2015).

No entanto, o novo modelo gerencial da educação em Goiás foi duramente criticado e rejeitado por grande parcela dos profissionais e alunos da rede pública, que cobravam maiores explicações e esclarecimentos. O governo de Goiás, representado pela secretaria Raquel Teixeira, durante o processo de manifestações, afirmou sua abertura para dialogar sobre a implantação das OSs e ressaltou que as escolas permaneceriam 100% pública e gratuitas, além dos direitos dos profissionais de educação serem garantidos. (MASSALLI, 2015).

Apesar de tudo, a terceirização via Organização Social em Goiás foi suspensa em virtude da falta de preenchimento de requisitos básicos pelas instituições credenciadas. Em reportagem vinculada no site do Sindicato Nacional dos Docentes de Ensino Superior, destacou-se que algumas das instituições tinham menos um ano de existência e sem definição de equipes técnicas. (BRASIL, 2016).

Em reportagem do jornal opção, Alexandre Parrode, afirmou que as OSs na educação poderão simbolizar um retrocesso ou um avanço, o resultado só será sabido com a efetivação do modelo. E mais, destacou o comprometimento do governo em realizar um prévio laboratório com 23 unidades de ensino sediadas na cidade de Anápolis, para avaliar os resultados e, em caso positivo, estender para todo sistema. (PARRODE, 2016).

5 CONCLUSÃO

O trabalho em questão foi iniciado com o intuito de esclarecer a Terceirização no Setor Público Brasileiro, afinal, apesar da temática ser largamente difundida, o conhecimento acerca de suas peculiaridades é restrito. Assim, foram exploradas a sua evolução histórica, o seu conceito, os procedimentos, as características, o ordenamento jurídico e os casos de efetivação do instituto da terceirização.

Após o estudo, foi constatado que sua gênese é no setor privado, na II Guerra Mundial, porém, sua propagação se dá no pós-guerra. O instituto foi transposto para o setor público e largamente difundido, no Brasil, com as ideias neoliberais, as quais apregoavam a eficiência da iniciativa privada como superior à da administração pública.

A fé no alcance de uma maior eficiência e, também, de uma economicidade, bem como de um Estado mínimo, que se centraria em atividades essenciais, acarretou a rápida assimilação pela Administração Pública. Por conseguinte, a terceirização se revela como um dos mecanismos de desestatização e poderá ser compreendida de forma genérica ou específica.

A concepção genérica é propagada pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual afirma a inviabilidade de trabalhar com um instituto, tendo em vista a impossibilidade de delimitação de um regime jurídico. A dificuldade decorre da concepção conceitual sem restrições do autor, pois entende como Terceirização no Setor Público todo o repasse de tarefas executadas pela administração pública a particulares. Por consequência, contempla a concessão, o contrato de serviços, o contrato de gestão celebrados com as OSs.

Em contrapartida, Maria Sylvia di Pietro defende um conceito restrito de Terceirização no Setor Público, o qual representaria o transpasse de serviços de apoio executados diferencia o instituto da concessão pelo objeto do repasse, que neste, por vezes, envolve atividade-fim, bem como aponta os diferentes tipos de gestões transferidas. Na terceirização transfere-se a execução, gestão material, enquanto na concessão há a transferência da gestão material e gerencial diretamente pelo Estado, para uma execução indireta, por meio de particulares. Ademais, ao particular.

Nos arcabouços divergentes apresentados pelos renomados doutrinadores administrativistas, o exercício de serviços sociais pelas OSs, seria compreendido como forma de Terceirização, apenas no sentido amplo. Nessa linha, vale ressaltar que o próprio STF definiu as Organizações Sociais como instituições que executam indiretamente serviço público, o que representa um exercício do Estado pela via indireta para uma consecução com maior eficiência.

Assim, frente a atualidade do tema, abordou-se a dogmática, no terceiro capítulo, embasando-se no conceito genérico de Celso Antônio Bandeira de Mello, para defini-la como

forma de Terceirização. Infere-se da exposição certas melhorias alcançadas com a gestão das OSs na saúde, mas, alarmante se faz os aditamentos, que oneram o contrato e o equipara em relação a preços a gestão direta do Estado. Enfim, o princípio da economicidade é descartado. Já a terceirização na educação é uma prática teórica muito sugestiva, todavia, sem realidade fática brasileira a se espelhar, o que se revela uma preocupação ao basear-se no exemplo americano.

Por conseguinte, as compilações realizadas no trabalho monográfico em comento, permitiu demonstrar a diferente concepção dos limites da terceirização. Todavia, embora com limites divergentes são unânimes quanto aos motivos de sua aplicação, a economicidade, eficiência e um Estado mínimo, fato que aproxima os diferentes conceitos.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, F. **Promessas e resultados da nova gestão pública no Brasil: o caso das Organizações Sociais de Saúde de São Paulo**. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n3/a07v48n3>>. Acesso em: 22 out. 2016.
- ALEXANDRINO, M. **Direito administrativo descomplicado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.
- BARBOSA, N.; LIMA, H.; TRINADADE, A.; DIAS, N.; CASTRO, M.; SANTOS, C. **As organizações sociais de Saúde como forma de gestão pública-privada em Goiás: o caso Huana**. Disponível em: <<http://www.organizacaoessociais.com.br/wpcontent/>>. Acesso em: 16 out. 2016.
- BARREIRA, M. **Goiás será o primeiro no Brasil a adotar OS na educação**. 2015. Disponível em: <<http://tribunadoplanalto.com.br/2015/10/23/goias-sera-o-primeiro-no-brasil-a-adotar-oss-na-educacao/>>. Acesso em: 16 out. 2016.
- BOTTARI, E. **Das dez OSs que operam no município, oito estão sob investigação**. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/das-dez-oss-que-operam-no-municipio-oito-estao-sob-investigacao-18494571>>. Acesso em: 16 out. 2016.
- BRASIL. Consolidação da legislação trabalhista do Brasil. **Vade Mecum**. 21. ed. São Paulo. Saraiva, 2016.
- BRASIL. Constituição Federal. **Vade Mecum**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. **Governo adia terceirização da educação em Goiás por falta de OS qualificada**. 2016. Disponível em: <<http://www.andes.org.br/andes/print-ultimas-noticias.andes?id=8063>>. Acesso em: 2 nov. 2016.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa n. 2/08**. 2008. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/cjf/controle-interno>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa n. 3/09**. 2008. Disponível em: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=7110>>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- BRASIL. **Lei n. 9.637**, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.
- BRASIL. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. **Vade Mecum**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DI PIETRO, M. S. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOIÁS (Estado). **Lei n. 15.503 de 28 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_ordinarias/2005/lei_15503.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.
- GOVERNO pretende terceirizar gestões de escolas da rede estadual. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/11/governo-pretende-terceirizar-gestoes-de-escolas-da-rede-estadual-em-go.html>>. Acesso em: 12 out. 2016.
- KIAN, T. **Terceirização na administração pública**. 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.>>. Acesso em: 30 maio 2016.
- LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MAGRAO, D.; SALA, M. **O que fazer com a terceirização na educação pública de Campinas?** 2016. Disponível em: <<http://www.esquerdadiario.com.br/O-que-fazer-com-a-terceirizacao-na-educacao-publica-de-Campinas>>. Acesso em: 12 out. 2016.
- MANICA, F. **A complementariedade da participação privada no SUS**. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wpcontent/uploads/2015/10/a_complementariedade_da_participa%C3%A7%C3%A3o_privada_no_sus.pdf>. Acesso em: 22 out. 2016.
- MASCARENHAS, P. **Manual de direito constitucional**. Disponível em: <<http://www.paulomascarenhas.com.br/livros.html>>. Acesso em: 18 ago. 2016.
- MASSALI, F. **Estudantes de Goiás ocupam a terceira escola em protesto contra a mudança de gestão**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2015-12/estudantes-de-goias-ocupam-tres-escolas-em-protesto-mudanca-de-gestao>>. Acesso em: 2 nov. 2016.
- MEIRELES, L. M. **Terceirização**. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2016.
- MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Método, 2015.
- MORAIS, A. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PARRODE, A. **É possível ser contra as OSs na educação?** Disponível em: <<http://www.jornalopcao.com.br/reportagens/e-possivel-ser-contra-as-oss-na-educacao->

55273/>. Acesso em: 2 nov. 2016.

PEREIRA, P. H. **A ineficiência e os limites da terceirização no Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8931/A-eficacia-e-os-limites-da-terceirizacao-no-Brasil>>. Acesso em: 24 maio 2016.

PINTO, C. M. B. C. **O processo de privatização e desestatização do Estado brasileiro**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

RODRIGUES, C.; SPAGNUOLO, R. **Organizações Sociais de Saúde: potencialidades e limites na gestão pública**. 2012. Disponível em: <<https://www.fen.ufg.br/revista/v16/n3/pdf/v16n3a08.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2016.

SILVA, L.; HADDAD, M. do C.; DOMANSKY, R. de C.; VITURI, D. **Capacidade para o trabalho entre trabalhadores de higiene e limpeza de um hospital universitário público**. Disponível em: <<http://fen.ufg.br/revista/v12/n1/pdf/v12n1a19.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2016.

SILVA, P. P. **Terceirização nos serviços públicos**. 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

SILVA, P. **Terceirização nos serviços públicos**. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Trabalho/doutrab129.html>>. Acesso em: 20 out. 2016.

TRABALHO, constituição e cidadania: grupo de pesquisa. Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/22216/003_viana_delgado_amorim.pdf?sequence=4>. Acesso em: 24 maio 2016.

TEIXEIRA, D. **Terceirização na administração pública, fatores positivos e fatores negativos**. 2004. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 24 maio 2016.

VIANA, M. T.; DELGADO, G.; AMORIM, H. **Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a súmula 331 do TST. Novos enfoques**. 2011. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/22216>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

VITOR, F. **Estado deve implantar OSs na educação nos moldes das charter schools americanas**. Disponível em: <<http://www.jornalopcao.com.br/reportagens/estado-deve-implantar-oss-naarea-da-educacao-aos-moldes-das-charter-schools-americanas-2-25931/>>. Acesso em: 2 nov. 2016.