

PARECER

*Marco Antônio Ribeiro Tura**

Servidor autárquico federal. Ausência de autorização para realizar concurso. Necessidade de atendimento a Convênio com o SUS. Contratação de cooperativa de mão-de-obra sem licitação. Legalidade

1. O Hospital-Escola da Universidade Federal de Juiz de Fora – sem autorização para realizar concurso público para provimento de cargos de médicos e enfermeiros –, para manter suas atividades e, assim, cumprir as obrigações assumidas, por meio de convênio, com o Sistema Único de Saúde, contratou, emergencial e provisoriamente, cooperativa de trabalho constituída para oferecer mão-de-obra dos profissionais da saúde que a integram.

2. Questiona-me, a Magnífica Reitora da Universidade Federal de Juiz de Fora, se, no caso, estaria a Universidade adstrita aos exatos termos do inciso II do artigo 37 da Constituição da República, isto é, se a Universidade teria de realizar concurso público ou se, ao contrário, a contratação da cooperativa em caráter emergencial e provisório encontra respaldo constitucional.

1. O caso submetido à minha análise reclama considerações sobre a concretização do direito, em geral, e do direito constitucional, em especial.

2. A interpretação e a aplicação do direito constituem momentos de um mesmo e único processo, o processo de concretização, na medida em que aplicar pressupõe interpretar, mas interpretar, igualmente, pressupõe aplicar.¹ Interpretação e aplicação formam um único processo dialético de concretização do direito.² Concretizar o direito significa aproximar o mundo das normas, mundo do dever, do mundo dos fatos, do mundo do ser. Por isso que o direito não encontra sentido nas normas, mas nas normas em referência aos fatos.

3. Descrever a concretização do direito como um processo pelo qual se busca aproximar o mundo das normas, mundo do dever, do mundo dos fatos, o mundo do ser, não implica em admitir que se constituem por si mesmos cada qual desses mundos. O mundo das normas não se constitui por si, pois o mundo das normas é uma construção

* Professor Efetivo dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - Membro Titular do Instituto dos Advogados Brasileiros - Membro Efetivo da Associação Americana de Juristas

¹ Gadamer, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2.^a edição, 1998, p. 460 e seguintes 482 e seguintes.

² Larenz, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3.^a edição, 1997, p. 293 e seguintes.

a partir dos textos jurídicos e o mundo dos fatos não se constitui por si, pois o mundo dos fatos é uma construção a partir dos casos jurídicos. Textos não se confundem com normas, assim como casos não se confundem com fatos. Do mesmo modo que uma norma pode não se encontrar total e completamente em um texto, um texto pode não conter apenas e tão-somente uma norma. O texto contém enunciados lingüísticos que podem dar origem a uma ou mais normas, conforme sua interpretação.³ Assim como o caso contém elementos extralingüísticos que podem dar origem a um ou mais fatos, conforme sua interpretação. Normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos e fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos.⁴ E como interpretação e aplicação são momentos de um único e mesmo processo dialético de concretização do direito, concluo que normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos a partir e tendo em vista casos jurídicos e que fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos a partir e tendo em vista textos jurídicos. Norma jurídica e fato jurídico estão, desse modo, indissolivelmente ligados, como pares dialéticos; a leitura de textos jurídicos só se faz pela ótica dos casos jurídicos para os quais são lidos, assim como a narração dos casos jurídicos só se faz pela ótica dos textos jurídicos segundo os quais são vistos. Todas essas considerações conduzem ao fenômeno da incidência.

II

4. Incide uma norma quando um fato concretamente se enquadra em sua descrição abstrata. A incidência é, nesse sentido, um fenômeno de integração de parcelas do mundo das normas no mundo dos fatos e de parcelas do mundo dos fatos no mundo das normas, pela aproximação entre o suporte fático abstrato do suporte fático concreto.⁵ Conseqüências jurídicas só são imputáveis na medida em que se verifiquem os antecedentes exigidos.⁶ A incidência, assim, depende da concreção de elementos do

³ A distinção entre texto de norma e norma tornou-se lugar-comum na literatura jurídica contemporânea. Embora não concordem, necessariamente, com todas as implicações da distinção, os autores mais atualizados não divergem quanto a diferença entre texto e norma. Ver, a respeito: Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.ª edição, 1998, p. 71 e seguintes. Sobre a concepção da metódica estruturante acerca da distinção, ver: Müller, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1.ª edição, 1996, p. 168 e seguintes. Sobre a concepção formulada a partir da semântica normativa acerca da distinção, ver: Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 50 e seguintes.

⁴ Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.ª edição, 1998, p. 79 e seguintes. Müller, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1.ª edição, 1996.

⁵ Mello, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 10.ª edição, 2000, p. 61: "Composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica incide, decorrendo, daí, a sua juridicização. A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte de seu suporte fático que o Direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico". Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1.ª edição, 2.ª tiragem, 1989, p. 183; e 3.ª edição, 2001, p. 245: "Com a expressão incidência propomos conceituar um fenômeno normativo simultaneamente estático e dinâmico. Normas incidem sobre a realidade: doam-lhe sentido e atuam sobre ela no tempo e no espaço. Incidência significa, pois, configuração atual de situações subjetivas e produção de efeitos em sucessão". A visão tradicional da incidência como subsunção é aqui afastada. Não se trata, de maneira alguma, de uma aplicação mecânica, automática, de normas a fatos. A incidência da norma decorre de um processo que contempla elementos da norma e do fato. Sobre a complexa relação entre normas e fatos, ver: Neves, Antônio Castanheira. Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma repositio crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I – A crise, p. 251 e seguintes.

⁶ Vilanova, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 115 e seguintes.

suporte fático abstrato, de cuja compreensão depende a verificação. A incidência pressupõe a presença de elementos concretos previstos abstratamente pelas normas jurídicas.⁷

5. Como se vê, a incidência reclama a verificação da presença de elementos concretos que se enquadrem na previsão abstrata das normas jurídicas. A verificação, portanto, reclama a compreensão da descrição abstrata dos referidos elementos. A compreensão dos elementos a partir da descrição abstrata feita pelas normas passa pela formulação de conceitos. Conceituar os elementos abstratamente previstos pelas normas jurídicas é, desse modo, fundamental para que se permita a incidência dessas normas jurídicas; conceituar tais elementos é fundamental para que se verifique a aproximação entre o suporte fático concreto e o suporte fático abstrato. Os conceitos jurídicos, por isso, não se prestam a buscar as essências dos fenômenos, mas apenas ensejam a aplicação, a incidência de normas jurídicas.⁸ E, pois, formam-se com a concorrência de juízos de fato, mas também com a concorrência de juízos de valor. Os conceitos jurídicos não dizem o que são os fenômenos, mas o que são os fenômenos para o direito. A descoberta dos conceitos jurídicos comporta, exige mesmo, a valoração dos fatos.⁹ Os conceitos jurídicos são formados com a concorrência de juízos de fato e de juízos de valor e, pois, neles se encontram os traços indistigíveis das dimensões sociológica e teleológica da atividade jurídica. Entretanto, as presenças do *socios* e do *telos* não são fortes o bastante para eliminar o *logos* característico de todo e qualquer conceito. Creio que, agora, já devidamente esclarecidos estes pontos, posso analisar o texto.

III

8. O inciso II do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988, dispõe que a investidura em cargos e empregos públicos depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade dos cargos ou dos empregos, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e de livre exoneração. A leitura apressada deste dispositivo tem conduzido a graves erros. Resulta de uma tal leitura que toda e qualquer relação constituída para a prestação de todo e qualquer trabalho ao Estado dependeria de prévia aprovação em concurso público. Isso, todavia, não procede. O suporte fático abstrato do inciso II do artigo 37 da Constituição da República não é o estabelecimento de (quaisquer) relações para a prestação de trabalho (qualquer) com o Estado. Explico.

⁷ Grau, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 69: "A expressão suporte fático pode ser usada sob duas conotações: a primeira designando o enunciado lógico da norma, contida no instituto jurídico, em que representa a hipótese fática condicionante da incidência desse mesmo instituto jurídico (suporte fático hipotético); a segunda nomeando o próprio fato quando materializado no mundo real (suporte fático concreto)".

⁸ Idem. p. 66: "Os conceitos jurídicos são signos de predicados axiológicos".

⁹ Idem. Ibidem. Os conceitos jurídicos, como observou Montoro, são condicionados socialmente e atuam sobre a totalidade social. Montoro, André Franco. *Dados preliminares de lógica jurídica*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo, p. 8.

9. Tomo a expressão trabalho no sentido de atividade humana desenvolvida tendo em vista a produção e a circulação de bens (produtos ou serviços).¹⁰ Essa atividade é a que faz do homem o que é.¹¹ A atividade-trabalho pode ser dividida em duas amplas categorias: o trabalho-por-conta-própria e o trabalho-por-conta-alheia. O trabalho-por-conta-própria dá origem a uma relação jurídica posterior ao seu desempenho. O trabalho-por-conta-alheia dá origem a uma relação jurídica anterior ao seu desempenho.¹² Tendo em vista o poder sobre o sujeito-trabalhador, o trabalho-por-conta-alheia pode ser considerado como trabalho exercido por coordenação ou trabalho exercido por subordinação. O primeiro denomina-se trabalho coordenado, também dito autônomo. O segundo denomina-se trabalho subordinado.¹³

10. O inciso II do artigo 37 da Constituição da República refere-se a cargos e empregos públicos. Todo aquele que desempenhe funções públicas é considerado agente público.¹⁴ Agentes públicos são, pois, pessoas físicas investidas, temporária ou definitivamente, no exercício de funções públicas, isto é, no exercício de atribuições cometidas, direta ou indiretamente, ao Estado. Há, bem por isso, agentes públicos integrados ou não ao aparelho estatal. E, dentre os integrados, aqueles investidos em funções públicas por razões políticas ou por razões técnicas. A doutrina, ao denominar cada qual dessas espécies de agentes públicos, varia.¹⁵

12. Classificações, para a dogmática jurídica, só têm importância se variam as normas aplicáveis a esta ou aquela classe, a esta ou aquela categoria, a esta ou aquela espécie. As classificações são, portanto, úteis ou inúteis; nunca certas ou erradas.¹⁶

¹⁰ Extraio o conceito da análise que Vilhena faz do contrato de trabalho. Ver: Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. Contrato de trabalho com o estado. São Paulo: LTr, 2.ª edição, 2002. Sigo adiante com suas lições.

¹¹ Lembro do manuscrito de Engels, Friedrich. Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem. In: Marx, Karl & Engels, Friedrich. Obras escolhidas. Volume 2, São Paulo, Alfa-Omega, sem data, sem edição. Sobre a importância do trabalho na filosofia alemã de Hegel a Marx e sua vinculação com a noção de práxis, ver: Vasquez, Adolfo Sánchez. Filosofia da práxis. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2.ª edição, 1977.

¹² Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. Op. cit. p. 26 e seguintes.

¹³ Idem, p. 34 e seguintes.

¹⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 10.ª edição, 1998, p. 354: "Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta". Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 10.ª edição, 1998, p. 149: "Esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam ocasional ou episodicamente". Bandeira de Mello, Celso Antônio. Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta. São Paulo: RT, 2.ª edição, 1991, p. 9: "Todos aqueles que servem ao Poder Público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, podem ser denominados agentes públicos. Com efeito, esta locução é a mais ampla e compreensiva que se pode adotar para referir englobadamente as diversas categorias dos que, sob títulos diferentes, atuam em nome do Estado". Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: RT, 16.ª edição, 2.ª tiragem, 1991, p. 66: "Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal". Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa & Jorge Neto, Francisco Ferreira. O empregado público. São Paulo: LTr, 2002, p. 37: "Qualquer pessoa que preste serviço à Administração Pública é tido por agente público".

¹⁵ Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 10.ª edição, 1998, p. 151 e seguintes. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta. São Paulo: RT, 2.ª edição, 1991, p. 9 e seguintes. Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: RT, 16.ª edição, 2.ª tiragem, 1991, p. 67 e seguintes.

¹⁶ Grau, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3.ª edição, 1997, pp. 57 e 122. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1.ª edição, 2.ª tiragem, 1989, pp. 118 e 127; e 3.ª edição, 2001, pp. 121 e 130. Carrió, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2.ª edição, 1979, p. 99.

Classifico, por isso, os agentes públicos, apenas para as necessidades práticas desta análise, em três espécies: agentes políticos, agentes administrativos e agentes delegados.¹⁷ Os agentes políticos e os agentes administrativos integram o aparelho estatal; os agentes delegados, não. Os agentes políticos são investidos em funções públicas por razões políticas. Os agentes administrativos, por razões técnicas. Agentes políticos e agentes administrativos desempenham trabalho-por-conta-alheia; agentes delegados, trabalho-por-conta-própria. Agentes políticos desempenham, porém, trabalho-por-conta-alheia por coordenação, enquanto agentes administrativos desempenham trabalho-por-conta-alheia por subordinação. Interessa, aqui, uma análise mais detida dos agentes administrativos.

IV

13. Agentes administrativos desempenham trabalho-por-conta-alheia, subordinadamente; são pessoas físicas investidas em funções públicas por razões técnicas de caráter profissional para que sejam desempenhadas sob as ordens e sob as instruções de agentes superiores. Os agentes administrativos envolvem, assim, tanto os servidores públicos quanto os empregados públicos.¹⁸ Servidores públicos são agentes administrativos titulares de cargos públicos. Empregados públicos são agentes administrativos ocupantes de empregos públicos. Ambos os agentes administrativos, servidores públicos e empregados públicos, guardam relação com o Estado por razões técnicas de caráter profissional. Entretanto, o vínculo se estabelece de maneira diversa, seja, o agente administrativo, um servidor público, seja, etc, um empregado público. Servidores públicos são titulares de cargos públicos. Empregados públicos são ocupantes de empregos públicos. Os primeiros, os servidores públicos, guardam vínculo de natureza institucional; os segundos, os empregados públicos, de natureza contratual.¹⁹ As relações de trabalho dos servidores públicos estão integralmente contidas na lei. Já as relações de trabalho dos empregados públicos estão parcialmente contidas na lei, porque admitem regramento de seu conteúdo, embora com menor liberdade que as relações de trabalho dos empregados privados, por via de disposição contratual. Por isso, a modificação da lei incide imediatamente nas relações de trabalho dos servidores públicos; incide a modificação da lei, porém, apenas mediatamente nas relações de trabalho dos empregados públicos, porquanto protegidos pelo ato jurídico de caráter contratual, ainda que este se limite a repetir disposições legais.

14. Como disse, as relações de trabalho dos servidores públicos estão integralmente contidas na lei, enquanto as relações de trabalho dos empregados públicos estão parcialmente contidas na lei. Os direitos e deveres dos servidores públicos estão

¹⁷ Tento, aqui, compatibilizar as classificações de Meirelles e de Bandeira de Mello. Desnecessária a referência a outros autores, pois, no caso, pouco ou nada mudam as classificações dos citados.

¹⁸ Alguns preferem as denominações “servidor público concursado” e “servidor público contratado”. Outros, as expressões “funcionário” e “contratado”. Outros, ainda, “servidores titulares de cargos” e “servidores ocupantes de empregos”.

¹⁹ Ver, a respeito, Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 10.^a edição, 1998, p. 156.

integralmente previstos na lei, enquanto os direitos e deveres dos empregados públicos estão parcialmente previstos na lei. A criação de cargos públicos e de empregos públicos dá-se por lei. Dá-se também por lei o regramento das relações entre os servidores públicos e o Estado e das relações entre empregados públicos e o Estado. Entretanto, o regramento das relações entre servidores públicos e o Estado é esgotado pela lei, enquanto o regramento das relações entre empregados públicos e o Estado não. Decorre daqui a possibilidade de definir cargos públicos como as menores unidades de atribuições integralmente fixadas em lei e empregos públicos como as menores unidades de atribuições fixadas, em parte, pela lei, e, em parte, pelo contrato.²⁰

V

15. Afirmo que a leitura apressada do inciso II do artigo 37 da Constituição da República tem conduzido ao grave erro de julgar que toda e qualquer relação constituída para a prestação de todo e qualquer trabalho ao Estado dependeria de prévia aprovação em concurso público o que, afirmo também, não procede, pois o suporte fático abstrato contido no inciso II do artigo 37 da Constituição da República não é o estabelecimento de (quaisquer) relações com o Estado para a prestação de (qualquer) trabalho. O suporte fático abstrato contido no inciso II do artigo 37 da Constituição da República é o estabelecimento de relações de trabalho com o Estado, mas relações de trabalho cuja prestação se dê por conta do Estado e cujo prestador atue sob as ordens e sob as instruções de agentes públicos superiores.

16. Assim, compreendido adequadamente o suporte fático abstrato do inciso II do artigo 37 da Constituição da República, afirmo que a validade das relações de trabalho com o Estado depende da observância de processos de escolha do prestador do trabalho e referidos processos variam segundo o tipo de trabalho prestado, o tipo de prestação e o tipo de prestador. A constituição válida de relações com o Estado que tenham por objeto a prestação de trabalho-por-conta-própria, por conta do prestador do trabalho, depende de escolha do prestador do trabalho por meio de licitação. A constituição válida de relações com o Estado que tenham por objeto a prestação de trabalho-por-conta-alheia, por conta do Estado, de caráter autônomo (coordenado) depende de escolha do prestador do trabalho por meio de licitação, quando não se pretende sua integração ao aparelho estatal, ou por meio de eleição ou de designação, quando se exige tal integração. A constituição válida de relações com o Estado que tenham por objeto a prestação de trabalho-por-conta-alheia, por conta do Estado, de caráter subordinado, com subordinação do prestador do trabalho e do trabalho prestado às ordens e às instruções de agentes públicos superiores, depende de escolha do prestador do trabalho por meio de concurso público, quando se pretende sua integração definitiva ao aparelho estatal, ou por meio de designação ou de seleção, quando se pretende sua integração transitória.

²⁰ Sobre o assunto, ver: Rigolin, Ivan Barbosa. *O servidor público na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 95 e seguintes.

17. O estabelecimento, em situações normais, de relação cujo objeto seja a prestação de trabalho por conta e sob as ordens e sob as instruções do Estado, com pretensão de integração definitiva ao seu aparelho, reclama a realização de concurso público para a escolha do prestador do trabalho, por força do disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição da República.²¹ Inexistente o dever de realizar concurso público para estabelecer: a) relação com o Estado cujo objeto seja a prestação de trabalho-por-conta-própria, por conta do prestador do trabalho; b) relação com o Estado cujo objeto seja a prestação de trabalho-por-conta-alheia, por conta do Estado, de caráter autônomo (coordenado); c) relação com o Estado cujo objeto seja a prestação de trabalho-por-conta-alheia, por conta do Estado, de caráter subordinado, de trabalho prestado sob as ordens e sob as instruções de agentes públicos superiores, sem pretensão de integração definitiva ao aparelho estatal. Estes, portanto, os elementos do texto. Passo, agora, aos elementos do caso.

VI

18. O Hospital-Escola da Universidade Federal de Juiz de Fora firmou convênio pelo qual, nos termos do artigo 45, *caput*, da Lei Federal n.º 8.080, de 19 de Setembro de 1990, seu serviço de saúde passou a integrar o Sistema Único de Saúde. Com o passar dos anos, especialmente dos últimos oito anos, o empobrecimento da população fez com que muitos pacientes que antes eram atendidos pelos serviços privados de saúde viessem a procurar os serviços públicos. E, dentre os serviços públicos de saúde, destacou-se o serviço de saúde do Hospital-Escola da Universidade Federal de Juiz de Fora já que, voltado ao ensino e à pesquisa, oferecia atendimento e tratamento de qualidade incomparável para as mais diversas enfermidades. A procura pelo serviço de saúde do Hospital-Escola aumentou consideravelmente, havendo, dentre os que dele dependem, pacientes que são habitantes não só do Município de Juiz de Fora, mas de todos os municípios da Zona da Mata do Estado de Minas Gerais e, até, de municípios dos estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo. Integrado ao Sistema Único de Saúde, impossível a recusa; resta, pois, ao serviço de saúde do Hospital-Escola, atendê-los e tratá-los.

19. O atendimento e o tratamento dos pacientes, sempre em maior número, não se mostraram possíveis sem que ampliado fosse o quadro de pessoal técnico, de profissionais da saúde, especialmente de médicos e de enfermeiros. Como, nos termos do Decreto 4.175, de 27 de Março de 2002, a realização de concurso público foi submetida

²¹ Criticando o texto da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de Junho de 1993, disse Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 20: "Não cabe, ao contrário do que o texto literal induz, a aplicação do regime da Lei n.º 8.666/93 à contratação de todos os 'serviços' de terceiros. Somente quando se tratar de serviços esporádicos ou temporários, desenvolvidos por exceção, incidirá tal regime. Quando o serviço corresponder a cargo ou emprego público, aplicam-se os dispositivos constitucionais acerca dos servidores públicos (CF, art. 37, incs. II e V)". Uma correção, no entanto, parece-me necessária. Em verdade, serviços podem não ser esporádicos, temporários, excepcionais, e, mesmo assim, exigirem a contratação de serviços de terceiros que não pela via do concurso. A via da licitação será a mais adequada nos casos em que os serviços sofram uma procura excepcional, temporária, esporádica, ainda que não sejam eles mesmos excepcionais, temporários, esporádicos.

a autorização do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, a Universidade encaminhou requerimentos em que, fundamentadamente, expôs a necessidade e a possibilidade de ampliação do quadro de pessoal do Hospital-Escola. As autorizações, apesar de bem fundamentados os requerimentos, não vieram. A situação em que se encontraram os dirigentes da Universidade e do Hospital-Escola, assim, foi escolher entre o aguardar a autorização para realizar concurso, com prejuízos graves para o atendimento e para o tratamento dos pacientes, ou contratar a cooperativa, emergencial e provisoriamente, até que obtivessem autorização.

20. Vê-se, desde logo, que não se trata de situação normal a reclamar tratamento dentro da norma. A anormalidade das situações justifica tratamentos excepcionais. Bem por isso, a escolha por manter o atendimento e o tratamento dos pacientes, mesmo que admitindo pessoal sem concurso, foi a mais adequada. Além disso, não se pretendia estabelecer, com a contratação da cooperativa, relação de trabalho prestado por conta do Estado, mas por conta da cooperativa que é quem assume o risco. Assim como não se estabeleceu relação de trabalho prestado sob as ordens e sob as instruções de agentes públicos superiores, mas sob as ordens e sob as instruções de agentes privados, dos dirigentes da cooperativa que, pelo contrato, assumem a gestão das áreas em que seus empregados atuam. Estes, os elementos do caso.

VII

21. Posso, agora, responder ao questionamento da Magnífica Reitora da Universidade Federal de Juiz de Fora de modo negativo. No caso, a Universidade Federal de Juiz de Fora não se encontra adstrita aos exatos termos do inciso II do artigo 37 da Constituição da República, isto é, a Universidade Federal de Juiz de Fora não tem de realizar concurso público para a formação de vínculo com prestador de trabalho por conta da cooperativa e sob as ordens e instruções de agentes da cooperativa. No caso, dada a impossibilidade de desempenho, no Hospital-Escola, das atribuições de médicos e enfermeiros, por agentes administrativos, porque impossível a realização de concurso público para a investidura em tais cargos e/ou empregos, pois ausente autorização do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão para tanto, a contratação de cooperativa de trabalho com tais profissionais, emergencial e provisoriamente, se impõe como modo de assegurar a continuidade na prestação de serviço público essencial como o é o serviço de saúde. Diga-se, aliás, não ser outro o entendimento do Tribunal de Contas da União. Em decisão datada de 15 de Agosto de 2000, proferida no Processo n.º 007.220/2000-6 (Decisão n.º 253), a Primeira Câmara do Tribunal considerou a situação do Hospital da Universidade Federal Fluminense apta a justificar a contratação de profissionais técnicos especializados sem concurso visto não estarem os concursos autorizados. Bem antes, em decisão de 24 de Setembro de 1996 (Decisão n.º 222), a mesma Câmara do Tribunal considerou válida a contratação de profissionais técnicos especializados sem concurso pelo Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás visto ser o único modo de manter as atividades do referido hospital. Em resumo, no caso, a contratação da

cooperativa, para o desempenho das atividades citadas e em situações como a descrita, não fere o inciso II do artigo 37 da Constituição da República.

É o que me parece.

Juiz de Fora, 23 de Julho de 2003.

