



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO: 1º/8/07

RELATOR: CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA

CONSULTA Nº 732243

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de consulta subscrita pelo Sr. Paulo César Ferreira Ayres Júnior, Prefeito Municipal de Campanha, por meio da qual formula questionamentos a respeito da legalidade de formalização de termos de parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, com vistas à execução de programas e projetos de saúde, bem como sobre a aplicabilidade do teto remuneratório, previsto no art. 37, XI, da CR/88, à totalidade dos valores recebidos por profissionais da área de saúde vinculados aos referidos programas.

O Consulente, ao apresentar suas indagações, solicita manifestação desta eg. Corte de Contas a respeito dos seguintes quesitos:

1. Legalidade de assinatura de termo de parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público “OSCIP”, objetivando parceria para execução de programas e projetos de saúde, através de contratação de profissionais de saúde, médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, agentes comunitários de saúde, agentes epidemiológicos, agentes de vigilância sanitária, fisioterapeuta, nutricionista, psicóloga. No caso de possibilidade gostaríamos de saber se os gastos deverão ser computados no limite de despesa total com pessoal imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Gostaríamos também, no mesmo conteúdo acima exposto, de saber quanto a possibilidade da celebração de convênio com Consórcio Intermunicipal de Saúde.
2. Observando a letra c, do inciso XVI, Art. 37, Constituição Federal, a contratação de médico plantonista para o pronto atendimento municipal, com os mesmos mantendo contrato com o programa saúde da família. Gostaríamos de saber quanto à legalidade em receberem somando os dois



contratos mais que o subsídio fixado para o prefeito. Sabemos que o inciso XI, Art. 37 da Constituição Federal, reza quanto a observância para não exceder ao subsídio mensal do prefeito, porém o PSF trata-se de um programa do Governo Federal, de contratação com objeto específico, através de convênio próprio, estes contratados não fazem parte dos servidores ativos, pois prestam serviços por lei específica e não geram para o município qualquer vínculo.

A consulta foi instruída com parecer da douta Auditoria (fls. 05 a 14), consoante as disposições do inciso III do art. 39 c/c art. 216 do Regimento Interno, aprovado pela Resolução TC nº 10/96, o qual consigna conclusão preliminar pelo seu conhecimento.

É o relatório.

II – DA PRELIMINAR

Do exame dos pressupostos de conhecimento da presente consulta, constata-se que a autoridade que a subscreve tem legitimidade para formulá-la, conforme estabelece a alínea “a”, inciso X do art. 7º do Regimento Interno.

Relativamente à matéria nela exposta, verifica-se que não se trata de caso concreto, porém de tema geral e afeto ao cotidiano dos entes públicos, os quais devem primar pela devida formalização dos programas sociais bem como dos vínculos funcionais celebrados no interior das Administrações Públicas. Ademais, não se pode olvidar que a matéria possui relevante repercussão financeira e orçamentária, estando, destarte, inserida no âmbito de competência desta eg. Corte de Contas.

Nesse sentido, preliminarmente, tomo conhecimento, em tese, da consulta em pauta.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO HAMILTON COELHO:

Considero-me impedido de participar da votação por haver atuado como Auditor no processo.



CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE ELMO BRAZ:

EM PRELIMINAR, APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE. IMPEDIDO O CONSELHEIRO HAMILTON COELHO.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

III – DO MÉRITO

No mérito, assim me manifesto:

Em relação à primeira indagação, tendo em vista a junção de diversos temas, proponho a análise de seus aspectos a partir da seguinte sistematização:

1.1 Legalidade de assinatura de termo de parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público “OSCIP”, objetivando parceria para execução de programas e projetos de saúde, através de contratação de profissionais de saúde, médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, agentes comunitários de saúde, agentes epidemiológicos, agentes de vigilância sanitária, fisioterapeuta, nutricionista, psicóloga.

O direito à saúde, consagrado no texto da Carta Constitucional de 1988, apresenta-se como direito social de caráter universal e, ao lado da previdência e da assistência social, forma o tripé do sistema nacional de seguridade social.

Consoante fixado no art. 196 da CR/88, o oferecimento desse direito à sociedade é dever do Estado, o qual deve garanti-lo por intermédio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e



ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No tocante à sua forma de prestação, determina o art. 197 da Carta Magna que cabe 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. Contudo, em que pese a saúde ser livre à iniciativa privada, assegura-se a participação às instituições particulares desde que seja de forma complementar do Sistema Único de Saúde - SUS, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, nos moldes indicados no art. 199, § 1º, da CR/88.

Portanto, verifica-se que compete à entidade governamental ofertar, por meios próprios, os serviços públicos de saúde, podendo contar com o apoio da iniciativa privada somente com o fito de complementar os serviços oferecidos pelo SUS, mediante a formalização do instrumento jurídico pertinente.

Nos termos da Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, o Sistema Único de Saúde é considerado o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

No que cinge à participação complementar, estabelece o art. 24 do citado diploma normativo que o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, sendo que a participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Em se tratando de entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, instituídas pela Lei Federal nº 9.790/99, convém, inicialmente, assentar sua natureza jurídica, com vistas a



constatar a viabilidade ou não da execução de programas e projetos de saúde em regime de parceria com as referidas entidades.

De acordo com o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 434).

Ao lado de outras entidades privadas, tais como as Organizações Sociais e as Entidades do Sistema “S” (SESC, SENAI, SENAC), as OSCIPs integram o chamado Terceiro Setor, também denominado “Público Não-Estatal”, que corresponde ao setor das atividades não exclusivas do Estado, onde o Poder Público atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas em áreas cujos ganhos não podem ser apropriados por intermédio do mercado, uma vez que dizem respeito às atividades de interesse público cujas economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros.

Nos termos do art. 2º da Lei Federal nº 9.790/99, as pessoas jurídicas de direito privado que podem obter o título de OSCIPs são aquelas cujos objetivos sociais e normas estatutárias preencham os requisitos estabelecidos no citado diploma normativo. Dentre as finalidades institucionais passíveis de viabilizar a concessão do título, estão previstas as seguintes: promoção da assistência social, promoção gratuita da educação e promoção gratuita da saúde.

No caso ora examinado, interessa-nos as entidades que se dedicam à área da saúde e, consoante indicado no Decreto Federal nº 3.100/99, para fins da Lei nº 9.790, de 1999, entende-se por promoção gratuita da saúde a prestação destes serviços realizada pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público mediante financiamento com seus próprios recursos. Registra-se, outrossim, que não são considerados recursos próprios aqueles gerados pela cobrança de serviços de qualquer pessoa física ou jurídica, ou obtidos em virtude de repasse ou



arrecadação compulsória. Ademais, o condicionamento da prestação de serviço ao recebimento de doação, contrapartida ou equivalente não pode ser considerado como promoção gratuita do serviço.

Cabe sublinhar que a aferição da exigência normativa pertinente à caracterização da promoção gratuita da saúde compete ao órgão responsável pela concessão do título de OSCIP, o qual, na esfera federal, corresponde ao Ministério da Justiça, de acordo com o art. 5º da Lei Federal nº 9.790/99.

Do exposto, é possível averiguar que somente as entidades que oferecem a promoção gratuita da saúde podem atuar em regime de colaboração com o Poder Público, nos moldes estabelecidos pela lei de regência. Obtido o título, a instituição privada poderá firmar Termo de Parceria com o ente público, porém é inadmissível a formalização de vínculo com o propósito de transferir para a iniciativa privada o que é dever do Estado, pois, conforme assentado alhures, o particular pode atuar na prestação de serviços de saúde em caráter complementar, ou seja, quando as disponibilidades do SUS forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de determinada área.

Destarte, constata-se que os serviços de saúde, nos termos entabulados no art. 197 c/c § 1º do art. 199, ambos da Constituição de 1988, podem ser assumidos diretamente pelo Poder Público ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, sendo que as instituições privadas participam de forma complementar do Sistema Único de Saúde, observadas as disposições previstas na Lei Federal nº 8.080/90. Nos termos da legislação, é juridicamente possível que o Poder Público celebre contratos ou convênios com entidades privadas, de forma suplementar, para atender os programas na área de saúde, respeitado, contudo, o cumprimento do princípio da universalidade da competição, em razão do princípio da isonomia.

Convém, todavia, salientar o entendimento desta eg. Corte de Contas referente à transferência de serviços de utilidade pública para terceiros, conforme posicionamento adotado no processo de Consulta nº 657.277, Sessão de 20/03/02, sob a relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Murta Lages.

Sobre o tema, restou consignado no voto do Ilustre Relator:



“Quanto à terceirização, entendo que as atividades a serem desempenhadas pelos profissionais contratados para o Programa Saúde da Família referem-se à atividade-fim do município, só podendo ser desempenhadas por servidor ou empregado público de carreira. Além disso, já foi decidido por esta Corte de Contas, em consultas anteriores, que a terceirização só é lícita quando envolve, apenas, serviços ligados à atividade-meio, tais como: vigilância, limpeza, conservação, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicação, instalação e manutenção de prédios públicos.”

Malgrado o excerto ora sublinhado, revela-se imprescindível sustentar que o serviço de saúde, em sintonia com o texto constitucional, não se qualifica como atividade cuja demanda exige execução direta pelo Estado, eis que a própria Constituição da República previu a colaboração da iniciativa privada. O que deve ser refutado é a ausência de participação do ente público na sua prestação, tendo em vista que o imperativo normativo preceitua que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público gerir e executar serviços públicos de atendimento à população, sendo admissível a ação compartilhada com a iniciativa privada, quando a atuação da rede pública for insuficiente para garantir a cobertura assistencial necessária.

Assim, a relação a ser firmada com o particular não poderá envolver a transferência do serviço de saúde como um todo. Ademais, as funções afetas às áreas de direção, supervisão, gerência, planejamento, controle e fiscalização devem permanecer sob a responsabilidade do Estado. Todavia, não há impedimento para a delegação da execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, tais como exames, consultas, internações hospitalares e serviços laboratoriais, pois, nestes casos, a intervenção do particular se dará apenas de maneira complementar.

Merece assentar que a atuação da iniciativa privada no setor da saúde foi reforçada pelo “Pacto pela Saúde 2006”, cujo modelo, dividido em três setores, Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão, não preconiza a participação exclusiva do Estado.



Cabe alertar para o atendimento do disposto na Portaria nº 358/GM, do Ministério da Saúde, de 22 de fevereiro de 2006, que fixa as regras aplicáveis à complementaridade na contratação de instituições privadas para a prestação de serviços de saúde, tendo sido registrado que, quando utilizada toda a capacidade instalada dos serviços públicos de saúde e for comprovada e justificada a necessidade por meio de Plano Operativo da rede própria, o gestor poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde. A necessidade de complementar a rede de serviços será comprovada por meio de Plano Operativo individualizado de todas as unidades de saúde locais.

A respeito da participação da iniciativa privada, estabelece o art. 3º da Portaria nº 358/GM, *in verbis*:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Portaria, será utilizado o termo contratação de serviços para todo e qualquer acordo firmado entre o Poder Público e o Setor Privado.

§ 1º Quando houver cooperação entre órgãos públicos de níveis de governo diferentes, o instrumento utilizado será o Termo de Cooperação entre entes Públicos.

§ 2º Para a complementaridade de serviços com o Setor Privado serão utilizados os seguintes instrumentos:

- I - convênio para empresas filantrópicas ou sem fins lucrativos;
- II - contrato de gestão com organizações sociais, quando o objeto do contrato for a transferência de gestão de um órgão estatal; e
- III - contrato administrativo com empresas privadas de fins lucrativos, ou, em casos excepcionais, com filantrópicas e organizações sociais.

Em se tratando de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, dispõem os arts. 6º e 7º da referida Portaria:

Art. 6º Independentemente das condições técnicas e operacionais e de outros requisitos e exigências fixadas pelos gestores do SUS, de possuir registro atualizado no Conselho Nacional de Assistência Social, a entidade filantrópica e sem fins lucrativos deverá satisfazer, para a celebração de convênio com a esfera de governo interessada, os requisitos básicos contidos na Lei nº 8.666/93 e no art. 3º do Decreto nº 2.536, 6 de abril de 1998.



Art. 7º Do convênio constará, além de outros requisitos específicos estipulados por municípios e estados, os seguintes elementos:

I - utilização da capacidade instalada da entidade pelo conveniente, incluídos os equipamentos médico-hospitalares de modo que a utilização desses equipamentos para atender clientela particular, incluída a proveniente de convênios com entidades privadas, somente será permitida depois de esgotada a sua utilização em favor da clientela universalizada, e desde que estejam garantidos, no mínimo, 60% (sessenta por cento) da capacidade instalada para o atendimento dessa clientela, ressalvadas as excepcionalidades previstas em lei;

II - em decorrência da parceria estabelecida, a direção do Sistema Único de Saúde deverá praticar fiscalização permanente na entidade, no tocante aos recursos públicos recebidos; e

III - obrigatoriamente, a apresentação, no mínimo a cada semestre, de relatórios de atividades que demonstrem, quantitativa e qualitativamente, o atendimento do objeto do convênio.

Com o fito de disciplinar a atuação de outras entidades na contratação de serviços de saúde, determina a Portaria nº 358/GM o seguinte procedimento:

Art. 11. Esgotadas as possibilidades de realizar convênios com as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, a administração pública, com base na Lei de Licitações, deverá realizar o certame licitatório para fins de contratação de empresas privadas de fins lucrativos, observados os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Parágrafo único. Nos casos em que as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos não firmem convênio, elas poderão concorrer em igualdade de condições com as demais empresas no processo licitatório. Para esses casos, o instrumento a ser firmado é o Contrato Administrativo.

Art. 12. Nos instrumentos firmados para fins de contratação de serviços de assistência à saúde celebrados por municípios, estados e Distrito Federal deverão constar, além das cláusulas necessárias de que trata a legislação



pertinente, as decorrentes da especificidade e da relevância pública das ações e serviços de saúde:

I - os estabelecimentos contratados deverão estar com o registro atualizado no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES;

II - os estabelecimentos contratados serão submetidos a avaliações sistemáticas de acordo com o Programa Nacional de Avaliação de Serviços de Saúde - PNASS;

III - os serviços contratados estarão sob regulação instituída pelo gestor local;

IV - para efeito da remuneração dos serviços contratados deverão ter como referência a Tabela de Procedimentos SUS;

V - o contratado deverá entregar ao usuário ou responsável, no ato da saída do estabelecimento, documento de histórico do atendimento prestado ou resumo de alta, onde conste, também, a informação da gratuidade do atendimento;

VI - será garantido o acesso dos conselhos de saúde aos serviços contratados no exercício de seu poder de fiscalização;

VII - os serviços contratados deverão seguir as diretrizes da Política Nacional de Humanização - PNH;

VIII - os serviços hospitalares contratados deverão preencher a CIH, conforme determinado pelas Portarias GM nº 221, de 24 de março de 1999, e nº 1.722, de 22 de setembro de 2005, e demais alterações; e

IX – em conformidade ao art. 26, § 2º, da Lei nº 8.080/90, os serviços contratados submeter-se-ão às normas emanadas pelo Ministério da Saúde.

Por oportuno, convém assentar que, nos casos de atividades desenvolvidas pelos Agentes Comunitários de Saúde – ACS e pelos Agentes de Combate às Endemias – ACE, a perquirição da natureza jurídica da relação laboral firmada com tais profissionais está jungida ao disposto no art. 198 da Constituição da República de 1988, consoante redação conferida pela Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, nos seguintes termos:

Art. 198. [...]

[...]

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de



processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

A matéria constitucional em epígrafe foi regulamentada pela Lei Federal nº 11.350, de 05/10/06, resultado da conversão da Medida Provisória nº 297/2006, que, entre outros aspectos, estabelece, no art. 8º, que os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do Sistema Único de Saúde - SUS e pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art. 198 da Constituição, submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa. Nesta última hipótese, competirá ao gestor local do SUS, responsável pela contratação dos referidos profissionais, dispor sobre a criação dos cargos ou empregos públicos e demais aspectos inerentes à atividade, observadas as especificidades locais.

Do exposto, constata-se pela norma em comento que a contratação dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias deve revestir-se da natureza de vínculo estatutário, na hipótese de existência de cargos públicos, ou de contrato trabalhista, no caso de criação de empregos públicos, o que demonstra que tais relações laborais devem ficar sob a responsabilidade dos entes públicos, vedada a transferência de tal encargo para terceiros.

Nesse sentido, a própria Lei nº 11.350/06 veda, consoante fixado no art. 16, a contratação temporária bem como a terceirização de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável.



Portanto, em se tratando de funções atribuídas aos ACS e aos ACE, sendo expressamente vedada a contratação desses agentes por intermédio de terceiros, há óbice legal para a celebração de termo de parceria com as OSCIPs.

1.2 No caso de possibilidade de formalização da parceria com as OSCIPs, o Consulente questiona se os gastos deverão ser computados no limite de despesa total com pessoal imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

A respeito desse item, cumpre, preliminarmente, anotar que os gastos realizados pelos Municípios, nos casos de execução direta promovida pela Administração local, com despesas provenientes de contratações firmadas com profissionais ligados à área da saúde, impõem a incidência de comando previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme fixado no art. 18 da Lei Complementar nº 101/00, *in verbis*:

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

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

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

Averigua-se que a forma de investidura, seja ela advinda do provimento de cargo, emprego ou função, não inibe o atendimento dos preceitos disciplinados pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Portanto, qualquer que seja o meio de ingresso



no serviço público, a saber, aprovação em concurso público, livre nomeação para cargo de provimento em comissão, pleito eleitoral e processo seletivo simplificado para atender a necessidades de excepcional interesse público, impera a restrição legal pertinente às despesas com pessoal.

Em caráter similar, nos termos do § 2º do art. 18, em destaque, os contratos firmados com terceiros, cujo objeto esteja relacionado com a substituição de agentes que integram o quadro funcional da Administração Pública, não escapam ao propósito legal de promover a contabilização dos gastos efetuados como despesas de pessoal, tendo em vista que os instrumentos jurídicos que visam à contratação de mão-de-obra atinente ao cotidiano da gestão pública na área de recursos humanos acarretam a assunção de obrigações patrimoniais pelo Estado em seara isonômica àquela imposta ao seu próprio quadro de servidores públicos.

Assim sendo, em se tratando de transferências de recursos às entidades qualificadas como OSCIPs, nos casos em que as atividades terceirizadas estejam contempladas por cargos iguais ou similares no plano de cargos da Administração Pública, atuando a entidade privada meramente como pessoa interposta, com vistas a intermediar mão-de-obra para a realização de serviços sociais do Estado, entende-se que os gastos efetuados devem ser classificados como “outras despesas de pessoal”, revelando o comprometimento da despesa total com pessoal, nos termos da Lei Complementar nº 101/00.

Partindo para os casos lícitos de terceirização, em que a relação firmada entre o Estado e o particular for consentânea às diretrizes de complementaridade previstas para os serviços de saúde, embora aí não haja a formalização de vínculo funcional direto entre o profissional da área de saúde e a Administração Pública, não podendo se falar em ocupação de cargos, empregos e funções públicas, na moldura estipulada pelo art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, convém transcrever o posicionamento adotado por esta eg. Corte de Contas no processo de Consulta nº 657.277, Sessão de 20/03/02, relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Murta Lages, por meio da qual foi indagado se os gastos com agentes de saúde, médicos e enfermeiros do Programa de Saúde da Família, em decorrência de convênio com o Governo Federal, deveriam ser computados no limite de despesa total com pessoal imposto pela LC nº 101/00.



Nesse sentido, trago à colação a manifestação do Ilustre Relator:

“Outro ponto que merece destaque e que reforça o entendimento explicitado é que os recursos do SUS transferidos pelo Governo Federal aos municípios, para fazer face aos gastos relativos ao Programa Saúde da Família devem ser considerados para fins de cálculo para apuração da receita corrente líquida do município.

Lembremos que o limite de gasto com pessoal é definido na Lei de Responsabilidade Fiscal como um percentual da receita corrente líquida e, no caso dos municípios, é de 60% (54% para o Executivo e 6% para o Legislativo, conforme art. 20, inciso III).

O art. 2º, inciso IV, da referida Lei define o que será considerado no cômputo da receita corrente líquida, além de determinar, taxativamente, o que deverá ser excluído desse cálculo. Em relação aos municípios, devemos atentar para o seguinte:

‘Art. 2º - Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

IV- receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição.’

O parágrafo 1º deste mesmo artigo estabelece que devem ser computados, no caso da receita corrente líquida, os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Kandir e do FUNDEF e o parágrafo 3º estabelece que devem ser excluídas da receita corrente líquida as duplicidades.

Observa-se que, de todo o elenco de receitas a serem excluídas do cálculo da receita corrente líquida dos municípios, não constam os recursos do SUS, devendo os mesmos, necessariamente, ser incluídos.

Assim, se os recursos do SUS provenientes do Governo Federal serão incluídos na receita corrente líquida do município, e se o gasto total com



peçoal é calculado em termos de percentual sobre a mesma receita corrente líquida, claro está que os valores gastos com a remuneração dos agentes do Programa Saúde da Família incluir-se-ão no limite de gasto do município.”

Do exposto, pode-se constatar que, para fins de atendimento sistemático da norma financeira e orçamentária, os recursos integrantes do Sistema Único de Saúde devem ser incluídos no cálculo da receita corrente líquida dos entes municipais e, portanto, os gastos provenientes com a terceirização do serviço de saúde em razão da celebração de termo de parceria com as OSCIPs, ou de outros instrumentos com a iniciativa privada, deverão ser computados no limite de despesa total com pessoal imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

1.3 Possibilidade de celebração de convênio com Consórcio Intermunicipal de Saúde com vistas à execução de programas e projetos de saúde

No tocante à formalização de convênio com Consórcio Intermunicipal de Saúde, mister analisar a matéria em conformidade com a Lei Federal nº 11.107/2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, afastada sua incidência aos convênios de cooperação, contratos de programa para gestão associada de serviços públicos ou instrumentos congêneres, que tenham sido celebrados anteriormente à entrada em vigor da citada lei, conforme indicado no art. 19 do diploma normativo.

A legislação em epígrafe encontra fundamento no princípio do federalismo compartilhado, por meio do qual os entes públicos conjugam esforços com o objetivo de promoverem o bem-comum e a boa qualidade dos serviços públicos. Em sede constitucional, esse ideal de junção de propósitos envolvendo os entes da Federação está amparado no art. 241, segundo o qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.



De acordo com a legislação ordinária em vigor, os consórcios públicos podem assumir a personalidade jurídica de direito público, mediante a instituição de uma associação pública, com a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; ou de direito privado, atendidos os requisitos da legislação civil. Nesta hipótese, prevê a legislação que o consórcio observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

No tocante aos objetivos dos consórcios públicos prevê a Lei nº 11.107/05 o seguinte:

Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.

§ 1º Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:

- I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;
- II – nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e
- III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

§ 2º Os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado.

§ 3º Os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.



A constituição do consórcio se faz por meio de contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções. Este, por sua vez, nos termos do art. 4º da Lei nº 11.107/05, deve conter, no contexto das cláusulas necessárias, as que estabeleçam a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando: a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público; b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados; c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços; d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados; e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão.

Com vistas a promover a regulamentação da Lei nº 11.107/05, entrou em vigor, em 18/01/2007, o Decreto Federal nº 6.017, o qual, ao fixar os objetivos dos consórcios públicos, observados os limites constitucionais e legais, previu, entre outros, os seguintes: a) gestão associada de serviços públicos; b) prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à Administração direta ou indireta dos entes consorciados; c) compartilhamento ou o uso em comum de instrumentos e equipamentos, inclusive de gestão, de manutenção, de informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal, etc.

Em se tratando de ações e serviços de saúde, dispõe o art. 3º, § 2º, que os consórcios públicos, ou entidade a ele vinculada, poderão desenvolver tais medidas, desde que obedecidos os princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde - SUS.

Convém assentar que as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, atendidas as exigências fixadas no art. 13 da Lei nº 11.107/05.



Destarte, conclui-se pela possibilidade da celebração de convênio com Consórcio Intermunicipal de Saúde com vistas à promoção e oferecimento de serviços públicos de saúde, em consonância com as exigências fixadas na legislação em vigor.

Registra-se, contudo, que é vedado ao Município eximir-se de seus compromissos perante a comunidade local no que pertine aos serviços essenciais, notadamente aqueles erigidos à categoria de direitos fundamentais sociais, consagradores do princípio da dignidade da pessoa humana.

Respondido, então o primeiro quesito.

Segundo quesito:

Tendo em vista o disposto na alínea “c”, do inciso XVI, art. 37, da Constituição Federal, o Consulente destaca a contratação de médico plantonista para o pronto atendimento municipal, com os quais é celebrado contrato decorrente do programa saúde da família. Sobre a matéria, formula-se indagação a respeito da legalidade de recebimento pelo particular de quantia superior ao subsídio fixado para o prefeito, em razão da acumulação de dois contratos. Reforça o Interessado que, embora o inciso XI, art. 37 da Constituição Federal, reze quanto à observância do limite remuneratório, não se pode olvidar que o PSF se trata de um programa do Governo Federal, de contratação com objeto específico, mediante de convênio próprio, e que os contratados não podem ser considerados servidores públicos, pois prestam serviços por lei específica e não geram para o município qualquer vínculo.

Para responder ao presente questionamento, entendo que devem ser assentadas as seguintes considerações:

a) Caso o vínculo funcional firmado entre a Administração Municipal e o profissional de saúde, integrante da equipe do PSF, seja proveniente da ocupação de cargo ou emprego público, mediante aprovação em concurso público, é



inafastável a incidência do art. 37, XI, da CR/88, o qual determina, no âmbito do serviço público municipal, a sujeição das remunerações, dos subsídios, dos proventos e das pensões ao limite fixado a título de subsídio para o Chefe do Poder Executivo.

b) Por sua vez, em se tratando de celebração de contrato temporário para atender situação de excepcional interesse público, com fulcro no art. 37, IX, da CR/88, hipótese em que a Carta Magna não exige concurso público, embora seja imprescindível a realização de processo seletivo para a escolha do particular, é preciso enfatizar que o profissional assume vínculo contratual direto com o Município, mediante a assunção de função pública transitória, o que atrai o comando previsto no art. 37, XI, da CR/88, consoante redação *in verbis*:

Art. 37 (...)

(...)

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19/12/2003](#)

[...]



Do dispositivo em exame, tem-se que a submissão ao limite remuneratório alcança aqueles que possuem um vínculo com a Administração, em razão da ocupação de cargo, emprego ou função pública, bem como aqueles que acumulam lícitamente as hipóteses admitidas no art. 37, XVI, da CR/88, ou seja: dois cargos de professor, um cargo de professor com outro técnico ou científico, e dois cargos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

c) No tocante à análise das relações jurídicas decorrentes do Programa de Saúde da Família, em que pese a origem do repasse advir da formalização de convênio ou outro instrumento jurídico pertinente, não resta dúvida de que o recurso utilizado no pagamento do profissional contratado tem natureza pública e, considerando que a saúde se trata de atividade-fim da Administração Pública, embora possa ser prestada por particular, deve-se conjugar a matéria com o ideal constitucional de fixar limite máximo de remuneração no serviço público.

Ademais, devem ser invocados os princípios da moralidade administrativa e da isonomia, para fins de fundamentar o entendimento ora explanado, tendo em vista que a contratação de médico particular pressupõe a prestação de atividade que também é executada diretamente por servidores públicos, os quais têm as suas remunerações sujeitas à regra do teto constitucional fixado no art. 37, XI. Destarte, provocaria ofensa ao primado da igualdade que os valores pagos aos profissionais, que não mantêm vínculo direto com a Administração, superassem aqueles fixados para os servidores públicos.

Nesse sentido, embora não exista previsão expressa na Constituição da República sobre a aplicação do limite remuneratório aos particulares contratados em virtude da execução do Programa de Saúde da Família, naqueles casos em que a relação não seja proveniente da investidura de cargo, emprego ou função pública, entendo que a natureza da atividade por eles desenvolvida, cujas atribuições, frise-se, são similares às aquelas submetidas à responsabilidade de agentes públicos integrantes do quadro funcional da Administração Pública, implica a imposição do comando fixado no art. 37, XI, da CR/88, cabendo invocar, nesse contexto, a aplicação do método hermenêutico que estabelece que a interpretação deve conferir a máxima eficácia às normas inseridas na Lei Fundamental.



Nestes termos, entendo respondidas as questões suscitadas pelo Consulente.

(OS DEMAIS CONSELHEIROS MANIFESTARAM-SE DE ACORDO COM O RELATOR.)

CONSELHEIRO PRESIDENTE ELMO BRAZ:

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE. IMPEDIDO O CONSELHEIRO HAMILTON COELHO.