

**EMENTA: Serviço Público de Saúde – Enfermagem – Atividade permanente e essencial – Cargo público efetivo – Provimento via concurso público – Contratação temporária – Observância requisitos Constitucionais – Contratação via procedimento licitatório – Impossibilidade.**

## 1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Lucas Francisco Romão e Silva, da Comarca de Vazante, relacionada à regularidade da contratação administrativa de enfermeiros, mediante prévio procedimento licitatório, pela Prefeitura de Vazante.

A consulta é instruída com cópia do procedimento licitatório n.º 36/2011, carta-convite 07/2011, tendo como objeto prestação de serviços profissionais na área de Enfermagem para atender no Programa de Saúde da Família (PSF) nas unidades Centro, Vazante Sul e Serra Dourada, carga horária de 40 horas semanais.

*As atribuições do enfermeiro do PSF consistem em:*

- cuidados diretos de enfermagem nas urgências e emergências clínicas, fazendo a indicação para cumprimento da assistência prestada;**
- realizar consulta de enfermagem;**
- solicitar exames complementares, prescrever/transcrever medicações, conforme protocolos estabelecidos nos Programas do Ministério da Saúde e as disposições legais da profissão;**
- planejar, gerenciar, coordenar, executar e avaliar a USF;**
- executar as ações de assistência integral em todas as fases do ciclo de vida: criança, adolescente, mulher, adulto e idoso;**
- no nível de sua competência, executar assistência básica e ações de vigilância epidemiológica e sanitária;**
- ações de saúde em diferentes ambientes da USF e, quando necessário, no domicílio;**
- atividades corretamente às áreas prioritárias de intervenção na Atenção Básica definidas na Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS);**
- aliar a atuação clínica à prática da saúde coletiva;**
- organizar e coordenar a criação de grupos de patologias específicas, como de hipertenso, de diabéticos, de saúde mental, etc;**

**-supervisionar e coordenar ações para capacitação dos agentes comunitários de saúde e de auxiliares de enfermagem, com vistas ao desempenho de suas funções;**

**- intervir nos fatores de risco aos quais a comunidade está exposta;**

**- prestar assistência integral, permanente e de qualidade;**

**- atividades de educação e promoção da saúde;**

**- estimular a organização das comunidades para exercer o controle das ações e serviços de saúde;**

**- utilizar sistemas de informação para o monitoramento e a tomada de decisões;**

**- atuar de forma intersetorial por meio de parcerias com diferentes segmentos sociais e institucionais, de forma a intervir em situações que transcendem a especificidade do setor de saúde e que têm efeitos determinantes sobre as condições de vida e saúde dos indivíduos-família-comunidade.**

**- executar outras tarefas correlatas.**

Em síntese, é o relatório.

## 2 Fundamentação

Na celebração de um contrato administrativo de prestação de serviço a administração pública opta por delegar a execução daquele serviço a um terceiro em vez de utilizar-se de sua própria estrutura.

Obviamente que, além do respeito aos comandos da Lei n.º 8.666/1993, tal contratação submete-se à **possibilidade de sua execução por particular sem que se configure burla ao núcleo essencial do princípio do concurso público** graças à verificação da presença, cumulativamente, das seguintes condições: a) tratar-se de atividade-meio; b) não constar no quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; e c) inexistentes a pessoalidade, a habitualidade e a subordinação direta.

No caso em apreço, smj, parece evidente a burla ao princípio do concurso público. A base para o raciocínio desenvolvido encontra-se no artigo 37 da Constituição Federal. Vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas

as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e **os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;**

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a **necessidade temporária de excepcional interesse público.** (grifos nossos)

Da simples leitura da norma constitucional transcrita podem ser extraídas diversas conclusões:

a) a regra para a investidura em cargo ou emprego público é a prévia seleção por concurso de provas ou provas e títulos, sendo as demais formas de provimento extremamente excepcionais, sob pena de se ferirem os princípios norteadores da administração pública;

b) os cargos em comissão devem ser ocupados preferencialmente por servidores de carreira, e destinam-se apenas e tão somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, ou seja, fora dessas hipóteses, não há que se falar em nomeação para o exercício de cargo comissionado, sob pena de se constituir em patente inconstitucionalidade;

c) as contratações por tempo determinado (temporárias) são admitidas, mas somente para atender a **necessidade temporária de excepcional interesse público**, devendo observar, ainda, a regulamentação da matéria por meio de lei (no âmbito federal, a disciplina veio por meio da Lei n.º 8.745/1993).

O concurso público é a regra geral para a contratação de pessoal, devendo tal regra ser observada tanto pela administração pública direta quanto pela administração indireta, já que as regras gerais constitucionais destinam-se a ambas, indistintamente.

Assim, para o desempenho de determinadas funções, a Administração contrata profissionais em seus quadros que deverão efetivamente executá-las. Ocorrendo a vacância dos cargos, impõe-se a realização do competente concurso público para preenchê-los, da mesma forma que a insuficiência de pessoal em face da necessidade do serviço requer concurso público para o provimento dos cargos existentes.

No entanto, para satisfazer **demanda temporária**, há possibilidade de a Administração proceder à contratação de pessoal **caso a situação seja temporária e de excepcional interesse e necessidade públicas**, além de corresponder à previsão legal da hipótese, e **somente enquanto aguarda o provimento dos cargos efetivos por candidatos aprovados em concurso público.**

Ressalte-se que a **contratação temporária no âmbito da administração pública é medida excepcional** e que, portanto, deve atender a rígidos critérios, sob pena de se transformar em meio oficial de burla à regra geral.

Repetindo orientação da Carta Magna Federal, a Constituição do Estado de Minas Gerais dispõe que:

Art. 22 - **A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado**, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica a funções de magistério.

**A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público.** As duas exceções são para os cargos em comissão referidos no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF). Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições:

- a) previsão em lei dos casos;
- b) tempo determinado;
- c) necessidade temporária de interesse público;
- d) interesse público excepcional.

A previsão legal dos casos em que se admite a contratação por prazo determinado deve delimitar, em todos os seus elementos, situações excepcionais e, portanto, não admitem interpretação extensiva.

Nesse sentido é a lição da ilustre administrativista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Para atender a necessidade transitória e excepcional de interesse público, a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou calamidade pública. **É preciso que a lei, ao disciplinar esse tipo de contratação, estabeleça regras que assegurem a excepcionalidade da medida, evitando que se transforme em regra geral**, a exemplo do que ocorreu na vigência da Constituição anterior, e determine as hipóteses em que a seleção pública é exigível<sup>20</sup>. (grifo nosso)

Merece relevo, ainda, decisão do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. REITERADA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES. EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA.** O excesso de contratações temporárias, sem o requisito da excepcionalidade prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal e em detrimento do provimento de cargos mediante concurso público, atenta contra os princípios norteadores da atividade de administração pública e enseja o deferimento de medida liminar para suspender os efeitos de atos potencialmente lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa. **O Poder Judiciário não pode ser conivente com a prática de atos desviados de suas finalidades específicas, que não atendem aos preceitos da Constituição e que deixam de satisfazer pretensões coincidentes com os interesses da coletividade. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG. Rel. Almeida Melo. 05/12/2002).** (grifos nossos)

Como se vê, por meio do concurso público o constituinte pretendeu assegurar a igualdade entre os participantes e garantir que os aprovados sejam pessoas capazes e competentes. Para isso, dois requisitos são indispensáveis: a) o concurso é público, não podendo ser restringido a determinado grupo, como quando apenas aqueles que já são servidores podem participar (concursos internos); b) o resultado deve ser obtido de modo objetivo e critérios claros, para que não haja dúvida sobre a aprovação de alguns e reprovação de outros.

Resta evidente que o serviço objeto da contratação em debate refere-se a funções desempenhadas por enfermeiro, de natureza permanente e duradoura, de modo a vincular-se ao princípio do concurso público.

Com efeito, inconteste que a Constituição da República tratou a saúde como garantia do cidadão, de forma continuada, visando a melhorar a vida da população, devendo ser integrada às políticas setoriais, assegurando o mínimo social e a universalização dos direitos sociais.

Portanto, as ações de tratamento e prevenção de saúde, inclusive aquelas implantadas por meio do Programa Saúde da Família (PSF) são de caráter contínuo e essencial à coletividade.

Sob esses pressupostos vêm à baila os ensinamentos do jurista José dos Santos Carvalho Filho:

[...] o pressuposto da temporariedade da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indistigável simulação, e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade. O último pressuposto é a excepcionalidade do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o terno excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores. Portanto, pode dizer-se que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial. Algumas vezes os Poder Público, tal como sucede com o pressuposto anterior e em regra com o mesmo desvio de poder, simula desconhecimento de que a excepcionalidade do interesse público é requisito inafastável para o regime especial.<sup>21</sup>

Em acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, decidiu-se pela inconstitucionalidade da lei municipal que autorizava as contratações temporárias, requeridas pelo

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - Direito Administrativo. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 432/433);

21 CARVALHO FILHO, José dos Santos - Manual de Direito Administrativo; Editora Atlas - 25 ed.; São Paulo - 2012; p. 600/601.

município de Manhauçu, fora das hipóteses permitidas pela Carta Magna:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO DE MANHUAÇU - LEIS MUNICIPAIS QUE AUTORIZAM A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL EM CARÁTER TEMPORÁRIO - HIPÓTESE DE CONTRATAÇÃO PREVISTA CONSTITUCIONALMENTE PARA ATENDER SITUAÇÕES INCOMUNS, EXCEPCIONAIS E DE RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS INTRÍNSECOS - TEMPORARIEDADE E EXCEPCIONALIDADE - DESVIRTUAMENTO DO ALCANCE DA NORMA LEGAL NO CASO PRESENTE - ABUSO DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS ADMITIDAS - PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. O sistema constitucional vigente prevê como regra que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art.37, II da Constituição Federal). Entretanto, revelando-se verdadeira exceção à regra do concurso público, tem-se a norma permissiva da contratação temporária, prevista no artigo 37, inciso IX da Carta Federal que dispõe que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. - No caso em exame, **as Leis Municipais representadas preveem a contratação temporária de pessoal para a realização de atribuições e funções comuns e permanentes, usualmente desempenhadas pelos servidores públicos efetivos, em nada atendendo aos pressupostos intrínsecos à legitimidade da contratação por tempo determinado prevista no ordenamento pátrio vigente, quais sejam, a determinação temporal, a temporariedade e a excepcionalidade da contratação, revelando-se cogente a sua retirada do mundo jurídico**, com o conseqüente acolhimento desta representação.<sup>22</sup> (grifos nossos)

No que diz respeito especificamente ao Programa Saúde da Família (PSF), a jurisprudência a seguir encaixa-se como luvas ao caso:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO DE ESTIVA - NORMAS SOBRE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL - DISPENSA DE CONCURSO PÚBLICO - EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, PRAZO DETERMINADO E LEI REDIGIDA DE FORMA CLARA E PRECISA - AUSÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE. A regra geral para investidura em cargo ou emprego público é a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego. Vislumbra-se tentativa de burlar o princípio constitucional da impessoalidade na Administração Pública, pelo qual, segundo Di Pietro (in Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 8 ed., 1997, p. 64): "...A administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, pois é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento...". Na lição de Odete Medauar, o princípio da moralidade se imbrica com o da impessoalidade. Um dos aspectos da imoralidade diz respeito ao uso de poderes administrativos com o fim de propiciar favorecimentos a si e a outrem, situação que envolve a violação da impessoalidade como um dos fatores da imoralidade (in A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Editora RT, 1993, p. 93). O legislador também está adstrito à observância dos princípios constitucionais, inclusive quando edita leis sobre Administração Pública. A contratação por prazo determinado somente é possível para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nas hipóteses

que a lei estabelecer, de forma clara, precisa e razoável, sendo vedada a contratação para o exercício de atividades previsíveis e permanentes da administração pública e de natureza meramente burocrática. Os programas e convênios questionados não possuem prazo certo e determinado definido em lei, o que permite a prorrogação indefinida deles. Afastamentos de servidores efetivos são fatos corriqueiros na Administração Pública, já esperados, ou seja, inexistem a imprevisibilidade, a caracterizar o excepcional interesse público. São inconstitucionais dispositivos legais redigidos de forma genérica, com conceitos vagos, não especificando precisamente em que consistiriam as contingências emergenciais, conferindo amplas possibilidades ao administrador de contratação temporária. A contratação de serviços técnicos profissionais especializados já está regulamentada na Lei nº 8.666/1993, configurando hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme prevê o art. 25 da mencionada lei. A saúde é atividade essencial, permanente da Administração Pública, não se justificando, portanto, a contratação por prazo determinado de pessoal para assistência à saúde. A insuficiência de servidores efetivos em número suficiente para a continuidade dos serviços públicos essenciais decorreria da falta de planejamento da Administração e, não, de uma situação excepcional. V.v.: Padece de vício material de inconstitucionalidade dispositivo legal que prevê a contratação temporária de excepcional interesse público de forma extremamente genérica, sem especificar as atividades emergenciais de excepcional interesse público ensejadoras da utilização do permissivo constitucional, em nítida afronta ao princípio do concurso público.<sup>23</sup> (Processo: Ação Direta Inconst 1.0000.14.080827-0/000) (grifos nossos).

Inclusive o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República, é intransigente em relação à contratação temporária quando a atividade é de cunho permanente.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I - A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha. II - Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade. III - O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções. IV - Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade. V - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos. VI - Ação que se julga procedente. Portanto, ao retornar aos autos, constata-se que no Município de Perdões, com amparo nas Leis Municipais nº 2.438, de 2005, n.º 2.542, de 2008 e n.º 2.668, de 2010, vários profissionais, em distintos ramos de atuação, estão sendo contratados, por tempo determinado, para atuarem junto ao Centro de Referência de Assistência Social - CRAS e ao Centro de Referência Especializada de Assistência Social / CREAS (f. 195/232). Registra-se, também, oportunamente, que a possibilidade

22 TJMG – ADI n.º 1.0000.09.494517-7/000 – Rel. Des. Edivaldo George Dos Santos

23 TJMG – ADI n.º 1.0000.14.080827-0/000 – Rel. Des. Rogério Medeiros – DOEMG - 3.jul.2015

de celebração de convênios entre os entes Federados para o financiamento de programas específicos surgiu com o advento da Lei n.º 8.742, de 1993. Na esfera do Município de Perdões, as primeiras contratações dos prestadores de serviços pela Secretaria de Assistência Social ocorreram em 2005, ou seja, há longa data, o que indiscutivelmente afasta o caráter de temporalidade, passando-se, então, a ser um serviço necessário para a coletividade.<sup>24</sup>

Desta feita, smj, conclui-se que o objeto da contratação ora em debate viola o princípio do **concurso público**.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento deste expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 24 de janeiro de 2017.

José Carlos Fernandes Junior  
Promotor de Justiça  
Coordenador do CAO Patrimônio Público

---

24 STF –ADI n.º 3430, Tribunal Pleno, Rel.Min. Ricardo Lewandowski, DOU 23.10.2009.