

Ementa: Contratação de particular por consórcio público municipal para fornecimento de serviço público aos entes consorciados. Contratação administrativa. Possibilidade. Restrições. Diretrizes. Exigência de respeito à Lei de Licitações.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Ludmila Costa Reis, Promotora de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Betim, questionando sobre a possibilidade de contratação de profissionais médicos por meio de empresa subcontratada por consórcio intermunicipal de saúde (CISMEP – Consórcio Intermunicipal de Saúde do Médio Paraopeba, atualmente denominado Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba).

Esse questionamento tem por origem a apresentação àquele Órgão de Execução ministerial, pelo Sindicato dos Médicos de Minas Gerais, de representação afirmando que, no quadro de pessoal do dito consórcio, não há nenhum médico concursado, sendo todos “terceirizados”, com burla ao princípio do concurso público.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

2.1 Introdução

Com efeito, os consórcios públicos constituem negócios jurídicos plurilaterais de direito público, com conteúdo de cooperação mútua entre os pactuantes, de modo que os participantes do ajuste estão voltados para finalidades de interesse comum de todos, situando-se lado a lado na relação jurídica.

Na verdade, constituem-se em estratégia, de iniciativa dos municípios, para realização, em conjunto, da prestação de serviços públicos, como os da saúde, para sua população abrangida. São associações, de natureza pública, que constituem uma forma inovadora de gestão compartilhada que, a cada dia, torna-se mais comum em todo o Brasil.

Ao lado dos convênios de cooperação entre entes federados, outra modalidade associativa, os consórcios públicos estão previstos no artigo 241 da Constituição Federal:

Art. 241. A União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à comunidade dos serviços transferidos.

O que os distingue dos convênios *stricto sensu* reside no aspecto de que uma vez acordadas, as partes devem então constituir uma pessoa jurídica, sob a forma de associação pública ou pessoa jurídica de direito privado (artigo 1º, § 1º, da Lei federal n.º 11.107/2005), com personalidade distinta daquela das entidades consorciadas³⁶, com o propósito de facilitar a operacionalização de suas atividades e alcance de seus objetivos.

Conforme preceitua o art. 6º da lei federal n.º 11.107/2005, a personalidade jurídica poderá ser: a) de direito público: no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, responsável esse documento pela delimitação de seu objeto e de sua finalidade para a qual foi criado (princípio da especialidade); b) de direito privado: mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil³⁷.

Sem adentrar na discussão pertinente a integrar ou não o consórcio público de direito privado a administração pública indireta³⁸, certo é que havendo a opção pela criação de pessoa jurídica de direito público, a associação pública passa a integrar a administração indireta de todas as entidades consorciadas (artigo 6º, §1º).

De todo modo, seja o consórcio público de direito público ou de direito privado, as normas de direito público serão de observância obrigatória no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, esta última regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e precedida do devido certame público.

Neste particular, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais assim já decidiu:

[Associações de municípios. Consórcios públicos. Regime de licitação e contratação, de pessoal, de recebimento de recursos.] [...] **O Consórcio Público, criado com prazo de duração determinado ou indeterminado, pode adotar personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Na primeira hipótese, cria-se uma autarquia especial, chamada de “associação pública” e, na segunda, cria-se uma fundação ou uma associação. Em quaisquer dessas hipóteses, os servidores do Consórcio são regidos pelas normas da CLT. [...] por receber e gerir dinheiro público,**

36 Nos convênios *stricto sensu* da associação dos pactuantes não advém a criação de uma nova pessoa jurídica.

37 § 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público 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.

38 Não obstante a falta de objetivação legal, doutrina majoritária entende que, mesmo sob direito privado, integra o Consórcio a Administração indireta dos entes participantes, do mesmo modo que as empresas públicas e sociedades de economia mista. Reforça esse entendimento o fato de os *consórcios de direito privado*, mesmo eles, precisarem licitar, celebrar contratos sob a Lei n.º 8.666, admitir pessoal celetista por concurso ou processo seletivo, escriturar seu movimento financeiro nos padrões da Contabilidade Pública, além de prestar contas ao órgão constitucional de controle externo (Tribunal de Contas). TCESP. Manual “O Tribunal e as Entidades da Administração Indireta”. 2012, p. 29. Disponível por meio do sítio eletrônico <https://www4.tce.sp.gov.br/o-tribunal-e-entidades-municipais-da-administracao-indireta>

não têm as associações microrregionais de municípios como fugir da incidência dos princípios constitucionais estatuidos no art. 37 da Constituição da República, devendo contratar pessoal por meio de concurso público e reger-se, nas hipóteses de contratações com terceiros, pela lei que regulamenta a licitação e os contratos administrativos, princípios assecuratórios da moralidade administrativa. [...] [Consulta n. 731.118. Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa. Data da sessão 10/12/2008]

Aliás, outro não poderia ter sido o entendimento daquela douta Corte de Contas Mineira, tendo em vista estar toda a administração pública, seja ela direta ou indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, submissa aos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Carta Magna, dentre eles, inclusive, o condicionamento da prévia aprovação em concurso público para investidura em cargo ou emprego público (inciso II).

E por possuir personalidade jurídica autônoma, o consórcio público poderá: a) firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; b) promover desapropriações e instituir servidões; c) ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação; d) emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos; e) outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público.

De outra banda, a Lei Orgânica da Saúde – Lei federal n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, no seu artigo 10, previu a possibilidade de os municípios poderem constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e serviços de saúde que lhes correspondam. Nesse caso, aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância. A formação desses consórcios administrativos intermunicipais, nos termos do artigo 18, inciso VII, dessa lei, compete à direção municipal do SUS.

Na prática, essa questão de natureza complexa ainda não foi dirimida com exatidão pelo sistema, não sendo raras notícias dando conta que Chefes do Executivo venham tomando decisão pela formação de consórcios públicos de saúde em falta de sintonia com as diretrizes e princípios do SUS.

Dessa forma, vislumbra-se um hiato institucional entre o SUS e os consórcios de saúde, esses cada vez mais independentes e com regras próprias.

De acordo com a Norma Operacional Básica do Ministério da Saúde em 1996 (MS, 1997a), os Consórcios Intermunicipais de Saúde passaram a ser considerados, no contexto da regionalização e hierarquização da rede de serviços, como sendo estratégias para articulação e mobilização dos municípios, com coordenação estadual, de acordo com características geográficas, demanda, perfil epidemiológico, oferta de serviços e, principalmente, a vontade política expressa pelos diversos municípios de constituírem um consórcio ou estabelecer qualquer outra relação de caráter cooperativo (NOB - SUS no 01/1996 – revogada pela Portaria MS n.º 1.580/2012).

Por sua vez, a Lei Complementar n.º 141, de janeiro de 2012, que, dentre outras, regulamentou o artigo 198, § 3º, da Constituição Federal, dispõe no seu artigo 21 que: “Os Estados e os municípios que estabelecerem consórcios ou outras formas legais de cooperativismo, para a execução conjunta de ações e serviços de saúde e cumprimento da diretriz constitucional de regionalização e hierarquização da rede de serviços, poderão remanejar entre si parcelas dos recursos dos Fundos de Saúde derivadas tanto de receitas próprias como de transferências obrigatórias, que serão administradas segundo modalidade gerencial pactuada pelos entes envolvidos”.

Ao dispor sobre a constituição dos consórcios públicos no âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual n.º 18.036, de 12 de janeiro de 2009 (art. 6º), estabeleceu que o consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente, para apreciar contas do Chefe do Poder executivo, representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

O controle dos consórcios públicos compreende a fiscalização da organização e funcionamento da entidade, da legalidade dos atos administrativos de natureza financeira e orçamentária, bem como a análise da aplicação de recursos, e será exercido, no caso dos consórcios intermunicipais, pelos conselhos municipais de cada área de atuação da maioria dos municípios envolvidos.

Outro ponto a ser destacado consiste na observância do PDR – Plano Diretor de Regionalização, que visa à adequação aos novos princípios adotados, como economia de escala, acessibilidade viária e geográfica. O objetivo de todo esse plano é garantir o acesso dos cidadãos a todos os níveis, a partir do atendimento o mais próximo possível de sua residência, conforme seja o conjunto de ações e serviços necessários à solução de seus problemas de saúde, em qualquer patamar de atenção. Com isso, os consórcios em saúde, para uma melhor prestação de seus serviços, podem se organizar em municípios localizados em uma mesma microrregião sanitária.

No Estado de Minas Gerais, a discussão sobre o papel técnico-jurídico-assistencial dos Consórcios Intermunicipais de Saúde no SUS se deu pela Resolução SES n.º 67, de 11 de abril de 2003, a partir do Protocolo de Intenções n.º 002/2003, celebrado entre a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais e o Colegiado dos Secretários-Executivos dos Consórcios de Saúde de Minas Gerais (COSECS-MG).

Dessa forma, a Deliberação CIB-SUS/MG n.º 417, de 21 de fevereiro de 2008 e a Resolução SES/MG n.º 1418, de 21 de fevereiro de 2008, dispõem sobre o processo de credenciamento dos serviços de Consórcios Intermunicipais de Saúde de Minas Gerais. Definiu-se ser da competência da SES/MG o credenciamento dos referidos consórcios, mediante prévia aprovação da Comissão Intergestores Regional (CIR), no caso de municípios consorciados localizados em uma mesma microrregião, da Comissão Intergestores Regional Ampliada (CIRA), no caso de os municípios consorciados se

situarem em mais de uma microrregião, mas dentro de uma mesma macrorregião e da Comissão Intergestores Bipartite (CIB-SUS/MG), no caso de os municípios consorciados se situarem em mais de uma macrorregião.

Nos termos do artigo 8º da Resolução SES-MG n.º 1418/2008, somente serão credenciados pela SES/MG os serviços dos Consórcios Intermunicipais de Saúde que atuem em consonância estrita com os princípios que regem o Sistema Único de Saúde e que redundarem em aumento do atendimento à população.

O Tribunal de Contas de Minas Gerais incentiva a formação de consórcios intermunicipais por considerá-los com potencial enorme para o desenvolvimento de soluções criativas promotoras da otimização da atuação administrativa nesta função de governo, bem como significativos ganhos de escala, de barganha e de desempenho nas contratações. Em parecer referente ao Processo n.º 833.253, do TCE/MG, o conselheiro relator Sebastião Helvécio, assim se pronunciou:

Entendo que, ao se escolher a forma de contratação de profissionais para a área de saúde, o gestor deva, no processo administrativo que a conduza, evidenciar as circunstâncias que o levaram à decisão por uma ou por outra modalidade, demonstrando que buscou a maneira, diante das circunstâncias aferidas, mais econômica e a mais eficiente, dentro das especificidades locais. Não posso deixar de lembrar mais para efeito pedagógico – da possibilidade de formação dos consórcios públicos de saúde, fundados no art. 241 da Constituição Cidadã e na Lei 11.107, previstos, ainda, nos art. 10 e 18, VII, da Lei 8.080/90, a Lei do SUS, os quais se constituem da reunião de municípios para o desenvolvimento de ações e serviços que lhes sejam de interesse comum, revelando potencial enorme para o desenvolvimento de soluções criativas promotoras da otimização da atuação administrativa nesta função de governo, bem como significativos ganhos de escala, de barganha e de desempenho nas contratações.

Conforme Consulta n.º 731.118, relator Conselheiro Antônio Carlos Andrada, o TCEMG entendeu que o consórcio público, independente do regime jurídico adotado, sujeita-se às normas de finanças e contabilidade públicas, à fiscalização pelos Tribunais de Contas, às regras acerca de contratos administrativos, além das exigências de realização de licitações, concursos públicos e prestação de contas.

Conforme ressaltamos, há previsão legal de os consórcios públicos, entre outros, poderem contratar serviços de saúde, inclusive para que possam celebrar contrato de gestão com Organização Social (OS) e termo de parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) – artigo 5º, inciso XI, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

2.2 Do objeto da consulta

Depreende-se de seus atos constitutivos que o CISMED – Consórcio Intermunicipal de Saúde do Médio Paraopeba possui personalidade jurídica de direito público, com natureza de associação pública, sem fins lucrativos e com prazo de duração indeterminado.

Extraí-se, ainda, que o dito consórcio foi criado com a finalidade de promover o desenvolvimento em conjunto de

ações e serviços de saúde, em caráter complementar ao Sistema Único de Saúde – SUS, inserido no contexto da regionalização, da programação pactuada e integrada, da otimização dos recursos e da priorização de utilização destes de acordo com a estratificação de riscos e as necessidades locais, visando suprir as demandas repressadas, bem como a insuficiência ou ausência de oferta de serviços e/ou ações de saúde nos entes consorciados, caracterizados como vazios assistenciais, de acordo com o perfil sócio-demográfico e epidemiológico regional, efetivando tudo isso com economia de escala e de escopo.

Dentre os objetivos do CISMEP para os entes consorciados está a aquisição de bens, estruturas e equipamentos, contratação de serviços e execução de obras para uso compartilhado dos entes federados consorciados, bem como gerir, administrar, gerenciar os bens, estruturas, equipamentos e serviços assim adquiridos, contratados ou produzidos, gozando para tal fim da outorga das prerrogativas de governabilidade e governança.

Para cumprir esses objetivos, o consórcio poderá ser contratado pelos entes consorciados, dispensada a licitação, conforme dispõem os artigos 2º, III, da Lei federal n.º 11.107/2005 e 24, XXVI, da Lei federal n.º 8.666/1993; bem como celebrar convênios, contratos e acordos com a iniciativa privada, nos moldes previstos na Lei federal n.º 8.080/1990³⁹.

Observa-se das informações trazidas pelo órgão consultante que o CISMEP vem contratando serviços médicos mediante procedimento licitatório, na modalidade pregão presencial.

Como já exposto na Nota Jurídica n.º 03/20017, expedida pelo CAOPP, sabidamente o vínculo entre a administração pública e o particular, estabelecido por força de contrato administrativo, **em regra precedido de licitação**, diverge, e muito, daquele entre a administração pública e seu agente público no exercício de cargo/emprego público e função pública. Enquanto o primeiro regula-se pelas normas pertinentes ao contrato administrativo, o exercício de cargos, empregos e funções públicas diz respeito especificamente às relações da administração pública com seus agentes, no âmbito de sua estrutura organizacional.

Mais diretamente, no caso de firmamento de um contrato administrativo de prestação de serviço ocorre a delegação da execução daquele serviço a um terceiro, ou melhor, ao contrário de utilizar-se de sua estrutura própria, a administração pública opta por delegar sua execução a terceiro.

Obviamente que não se permite o emprego de tal contratação administrativa com o propósito de burla ao núcleo essencial do princípio do concurso público.

De fato, como muito bem nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁰, temos no caso em apreço uma “descentralização administrativa de controle, transferindo a execução de determinados serviços a entes dotados de personalidade jurídica, patrimônio próprio, capacidade de autoadministra-

ção, porém exerce sobre eles fiscalização necessária para assegurar que cumpram os seus fins. O Estado atribui o controle administrativo a determinados órgãos da administração direta, que o exercerão nos limites da lei”.

Desta forma, inegável que a estrutura dos consórcios públicos, de natureza pública (espécie de autarquia), será composta de empregos públicos, em comissão (de livre nomeação/exoneração) e de provimento mediante concurso público.

Nesse ponto, importante ressaltar que os empregos públicos e sua remuneração, bem como os critérios para a revisão dessa remuneração, devem estar previstos no protocolo de intenções, o qual será ratificado por lei de cada um dos entes que pretende se consorciar, tal qual determinado no artigo 4º, inciso IX, da Lei federal n.º 11.107/05 e artigo 22 do Decreto Federal n.º 6.017/07.

Obviamente que diante do modelo associativo do consórcio, não se permite que este, por exemplo, firme convênio específico para contratação de profissionais para atuar exclusivamente na rede de saúde de um determinado município. Abordando com muita propriedade, vejamos trecho do estudo elaborado pela 9ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios da DCEM (Diretoria de Controle Externo dos Municípios) e empregado pelo Conselheiro Wanderley Ávila como motivação *per relationem*, na relatoria da Consulta nº 896.648 – TCE-MG.

Tendo o consórcio de saúde como objetivo geral a gestão associada de serviços públicos, este não pode ser utilizado em atendimento de interesses específicos. O art. 3º do Decreto Federal n. 6.017/2007 elenca os objetivos de interesses comuns, entre eles: o compartilhamento ou uso em comum de instrumentos e equipamentos, a realização de procedimento comum de licitação e de admissão de pessoal, e a gestão e proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum. Havendo previsão no protocolo de intenções ou no contrato de consórcio (art. 4º c/c art. 12 da Lei Federal n. 11.107/05), a gestão e os serviços de saúde de uma determinada especialidade ou programa de saúde poderão ser prestados por meio do consórcio público de saúde, em regime de descentralização de serviço público e em substituição aos entes consorciados, que poderão transferir para o respectivo consórcio o pessoal, os encargos e os bens indispensáveis à execução do serviço, assim como o consórcio poderá contratar o pessoal e os bens necessários às atividades consorciadas. Cumpre ressaltar que o consórcio não poderá firmar convênio específico com os entes consorciados para contratação, por exemplo, dos profissionais médicos para atuar exclusivamente na rede de saúde do município interessado. Neste caso a responsabilidade a ser transferida ao consórcio refere-se à contratação de médicos para atuar na rede pública de saúde do município conveniente, para prestação dos serviços públicos primários de atenção básica em saúde, os quais devem ser assumidos integralmente pelos municípios, conforme previsto na Portaria GM n. 399/2006 do Ministério da Saúde, que elenca as responsabilidades dos municípios. Diante do exposto, depreende-se pela possibilidade da contratação de pessoal, inclusive profissionais médicos, por parte dos consórcios, desde que seja para o atendimento aos interesses comuns dos entes consorciados e não para atender exclusivamente na rede de saúde de município conveniado, procedimento este que vai de encontro ao modelo associativo dos consórcios públicos, conforme inteligência do art. 241 da Constituição Federal e da Lei Federal n. 11.107/05, e configura a transferência indevida da responsabilidade do

39 Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

40 Direito Administrativo, 13ª edição, editora atlas, SP, pg. 398.

município pela contratação de profissionais e pela prestação dos serviços públicos primários de saúde.

Além disso, os entes consorciados poderão ceder servidores, sendo essa prática, aliás, muito utilizada quando certas funções do consórcio envolverem prerrogativas administrativas (por exemplo, o poder de polícia somente pode ser exercido por servidores com vínculo administrativo conhecido como vínculo “estatutário”). Naturalmente que, encerrada a cessão, tal servidor retorna ao órgão público de origem (artigo 23 do Decreto Federal n.º 6.017/07).

Por outro lado, é absolutamente possível que a administração pública (aqui incluído o consórcio público – de direito público – posto que, como associação pública, integra – como visto – a administração pública indireta de todas as entidades consorciadas) venha a optar por delegar a execução de determinada tarefa a terceiro, por meio da celebração de um contrato administrativo de prestação de serviço com um particular.

Logo, de todo evidente, não configura, por si só, qualquer ilegalidade o fato de um particular vir a ser contratado administrativamente por um consórcio público (de direito público) para prestar serviços, inclusive na área da saúde.

Isso, no entanto, não significa que sobre tal contratação administrativa não recaia qualquer regramento, muito pelo contrário, sua regularidade alicerça-se em importantes pressupostos gerais, dentre eles:

- a) seja precedida de procedimento licitatório, salvo nas situações excepcionais previstas na Lei federal n.º 8.666/93;
- b) haja efetiva possibilidade de prestação do serviço por quem é contratado.

Quanto à obrigatoriedade de licitação para celebração dos contratos administrativos, dispõe o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que:

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:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Destarte, com facilidade, percebe-se que a regra é a de que a contratação com a Administração Pública deve ser precedida de licitação, embora o próprio texto constitucional admita exceção nos casos expressamente previstos na legislação.

A respeito destas exceções, cumpre registrar que, enquanto a inexigibilidade de processo licitatório ocorre nas situações em que se mostra inviável a competição, conforme estabelece o artigo 25 da Lei federal n.º 8.666/93, já na dispensa, essa competição é plenamente possível, sendo facultada a não realização do procedimento nas hipóteses previstas

no rol taxativo constante nos incisos do artigo 24, daquela mesma norma.

Ora, compondo o consórcio público, de natureza pública, a administração pública indireta dos entes consorciados, evidente sua sujeição aos comandos da Lei Federal n.º 8.666/1993, de modo a somente se admitir que contrate com pessoas privadas, sem prévia licitação, nas hipóteses excepcionadas pela legislação pátria.

Inclusive, há expressa previsão de sujeição aos comandos da Lei de Licitações na própria Lei federal n.º 11.107/2005, independentemente da natureza do consórcio público (art. 6º, parágrafo 2º).

Nesta linha, também inarredável a conclusão de que o particular que contrata com o consórcio público deve atender aos requisitos impostos pela legislação para figurar em um dos polos do respectivo contrato administrativo.

O zelo na análise de tal capacidade se impõe até mesmo como medida de cunho preventivo voltada a minimizar a possibilidade de ocorrência de irregularidades na execução do respectivo contrato, decorrentes exatamente da falta de capacidade do(a) contratado(a) para execução do serviço visado pela Administração Pública.

Desta feita, incontestes que a formalização do contrato administrativo entre o consórcio público e o particular seja precedida de cuidados na verificação da habilitação jurídica da capacidade técnica e econômico-financeira, bem como da regularidade fiscal deste (particular).

Aliás, neste particular, infelizmente não são raras situações experimentadas em que se tivesse havido a devida análise da real capacidade técnica do particular contratado, jamais ter-se-ia levado avante a respectiva contratação, evitando-se, mais à frente, percalços lastimáveis na execução do contrato, em franco prejuízo ao interesse público, uma vez que aquele (particular), sem capacidade para executar o serviço, na verdade arvorara-se de verdadeiro “atravessador”, ou melhor, de mero intermediador entre a Administração Pública e o real executor do serviço.

Como sabido, sem adentrar no embate pertinente à constitucionalidade ou não do art. 72 da Lei de Licitações, certo é que, mesmo admitida a possibilidade de subcontratação e desde que prevista no contrato e no edital, esta jamais poderá abarcar a totalidade do objeto do contrato, sob pena de constituí-la numa imensa porta aberta à fraude.

Neste aspecto, vejamos o seguinte pronunciamento do TCU:

Nos termos do art. 72 da Lei nº 8.666/93, deve ser fixado, no edital, o percentual máximo para subcontratação, quando houver cláusula editalícia de permissividade, devendo essa cláusula existir, apenas, em hipóteses excepcionais, quando a subcontratação for estritamente necessária, devendo ser técnica e circunstanciadamente justificados tanto a necessidade da subcontratação quanto o percentual máximo admitido. (Processo nº 001.645/2004. Acórdão 1.748/2004 – Plenário). Vedando a subcontratação total, veja também Processo nº TC-014.318-95-4. 750.014/96-2.

Isso reforça a importância da comprovação da qualificação técnica de quem se apresenta para ser contratado pois,

como muito bem ensina Carlos Pinto Coelho Motta⁴¹ “inadmita-se que a Administração formalize contrato com quem não possa demonstrar, mediante sólida documentação, sua qualificação para o atendimento ao objeto que se anunciou”.

Logicamente que não se deve utilizar tal justificativa com o propósito de limitar indevidamente o espectro de possíveis afluentes, a ponto de violentar, dentre outros, princípios como os da isonomia e da impessoalidade, muito menos se deve ampliar inadvertidamente a abrangência de possíveis contratantes às custas da imposição de uma verdadeira “cegueira” à Administração Pública quanto à qualificação técnica de fato daquele com quem contrata.

E é exatamente visando o equilíbrio entre tais premissas que o art. 30 da Lei de Licitações limita a documentação a ser exigida para comprovação da qualificação técnica, impondo, inclusive, respeito ao princípio da razoabilidade quando da aplicação de tais exigências.

As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais. (TCU – Plenário - TC 034.608/2014-1)

Mas focando de maneira ainda mais específica no objeto da presente consulta e sem ignorar que um dos grandes obstáculos no SUS está relacionado à carência e à contratação de profissionais, cumpre destacar de antemão que a celebração de contratos ou convênios pelos entes consorciados com o respectivo consórcio público, objetivando a promoção e o oferecimento de serviços públicos de saúde deve ter sempre caráter complementar, de modo a não acarretar a completa transferência do dever dos próprios municípios em promover os serviços essenciais à comunidade local, nos termos constitucionais e legais.

Nesse particular, imprescindível se faz a explicitação do que se toma de fato pela expressão **“caráter complementar”** da participação da iniciativa privada na execução dos serviços de saúde do SUS, posto que da simples leitura do art. 199 e seu § 1º isso não é possível. Vejamos:

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

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

Afinal de contas, o caráter complementar está relacionado ao Sistema Único de Saúde como um todo, em relação a cada um dos diferentes níveis de complexidade (baixa, média, alta) ou a cada uma das redes de atenção (rede de atenção primária à saúde, rede de urgência e emergência, rede de atenção psicossocial, rede ambulatorial e hospitalar, etc.)?

Veja-se, ainda, o que dispõe a Lei n.º 8.080:

Art. 4º. (...)

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Note-se que o citado art. 24 limita-se apenas a explicitar a insuficiência de disponibilidades sem, entretanto, perquirir a respeito de suas causas.

Por outro lado, é consenso que a gestão do SUS é responsabilidade de uma direção única em cada esfera de governo, consoante o art. 198, inciso I, da Constituição Federal. Isso não se discute: a gestão do SUS deve ser integralmente pública, abrangendo planejamento, controle e fiscalização de todas as ações de saúde pública e respectiva utilização dos recursos.

A discussão encerra-se na questão da prestação de serviço pelo SUS, ou melhor dizendo: até que ponto a iniciativa privada pode complementar os serviços de saúde prestados pelo SUS ou até que ponto a execução dos serviços de saúde do SUS pode ser transferida para o setor privado?

Segundo doutrina de Fernando Borges Mânica⁴²:

a delimitação do caráter complementar de participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos de saúde implica a análise do alcance do conteúdo constitucional da complementaridade, a qual deve ter como referencial tanto (i) o texto da Constituição, quanto (ii) as condições históricas, sociais e econômicas atuais e aquelas existentes no momento de elaboração do texto constitucional.

O mesmo autor pontua que, “É tempo de interpretar a ordem constitucional da saúde à luz da *efetivação do respectivo direito*”. E mais: “a interpretação da Constituição deve levar em conta a realidade e deve ter como objeto a máxima efetivação dos direitos fundamentais”.

Com efeito, o art. 196 da Constituição Federal dispõe que a saúde é dever do Estado, mas não refuta de forma absoluta a possibilidade de emprego da celebração de contrato administrativo com particulares. O mesmo se diga do art. 197 e do § 1º, do art. 199, ambos da Constituição Federal.

Obviamente, entretanto, que, no momento em que a administração pública opta por afastar-se da execução de determinados serviços de saúde, transferindo-a para entidades privadas, logicamente que deve, paralelamente, otimizar suas funções de planejamento, desenho da política, regulação, controle e avaliação, uma vez que os agentes privados não substituem as instituições públicas, continuando o poder público responsável constitucionalmente pela garantia da prestação de tais serviços, inclusive zelando para que os cidadãos tenham seus direitos atendidos com qualidade e eficiência.

Daí que, a Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDES), do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), do Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério

41 Eficácia nas Licitações & Contratos, 9ª Edição atualizada, Del Rey, 2002, p. 274/275.

42 https://webmail.mpmg.mp.br/service/home/~/?auth=co&loc=pt_BR&id=6481&part=2

Público da União e dos Estados, em reunião na cidade de Vitória, nos dias 09 e 10 de junho de 2011, deliberou, em forma de ENUNCIADOS:

Enunciado nº2. “Não é possível a transferência integral da gestão e da execução das ações e serviços de saúde do Primeiro Setor (Estado) para pessoas jurídicas de direito privado, como as Organizações Sociais (OS), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), ou qualquer outra entidade do Terceiro Setor, pois a saúde é dever do Estado necessitando ser promovida mediante políticas públicas, devendo a iniciativa privada participar do Sistema Único de Saúde (SUS) apenas em caráter complementar”.

Enunciado nº 3. “A complementaridade que possibilita a participação de entidades do Terceiro Setor no Sistema Único de Saúde (SUS), por expressa determinação constitucional e de acordo com a lei de regência (Lei Orgânica da Saúde), exige que o gestor demonstre a impossibilidade fática do Estado garantir diretamente a cobertura assistencial à população de determinada área, com justificativa técnica e epidemiológica, não podendo jamais significar a não responsabilização do Estado, bem como, a mera substituição dos serviços públicos pela iniciativa privada”.

Enunciado nº 5. “A participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS) não pode compreender atos de gestão e administração de unidades públicas ou quaisquer estabelecimentos de saúde com equipamentos, funcionários e recursos públicos, mas apenas a execução de determinadas ações e serviços públicos onde tais unidades não forem suficientes para a cobertura assistencial”.⁴³

Veja que em tais enunciados, mais uma vez, não se delimita o termo “complementar”, optando-se pela reverência apenas ao impedimento da totalidade da transferência dos serviços de atenção básica de saúde.

Portanto, também importante ressaltar que os serviços da atenção básica de saúde constituem-se portas do sistema, ordenadora das demais Redes de Atenção à Saúde (RAS), assim definidas pela Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), instituída pela Portaria MS/GM n.º 2.488, de 21 de outubro de 2011; enquanto que, o Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011, define, no seu artigo 2º, inciso II, como portas de entrada” os serviços de atendimento inicial à saúde do usuário do SUS, inclusive enumerando, no seu artigo 9º, essas portas de entrada como sendo: a) atenção primária; b) atenção de urgência e emergência; c) atenção psicossocial; d) serviços especiais de acesso aberto.

Já do Parecer em Consulta – Tribunal Pleno, Processo n.º 896.648, Relator Conselheiro Wanderley Ávila, extrai-se a lógica de que todos os municípios são responsáveis pela Atenção Básica, sendo permitida a referência dos demais níveis de complexidade dentro da rede regionalizada e hierarquizada.

Assim, concluiu o TCEMG que a gestão e execução das ações de atenção primária são intransferíveis, devendo ser executadas diretamente pelo serviço público próprio dos municípios. Não obstante, estabeleceu exceção: pela possibilidade dos entes consorciados poderem celebrar convênios e contratos com o respectivo consórcio com vistas à promoção e oferecimento de serviços públicos de saúde nos níveis de baixa, média e alta complexidade, sendo que

na baixa complexidade (atenção básica de saúde) deva o gestor municipal entender que tal procedimento é permitido quando utilizada toda a capacidade instalada dos serviços, comprovada e justificada a necessidade de complementar sua rede e, ainda, se houver a necessidade de sua ampliação e, desde que não implique na transferência do dever dos Municípios em promover os serviços essenciais à comunidade local. (grifo nosso).

Dessa forma, evidente que a lógica do Parecer do TCEMG não se escorou na premissa de impossibilidade absoluta de transferência da Atenção Básica, devido a constituir-se “porta de entrada do sistema”, pelo contrário, externou claramente quando isso poderá ocorrer, em caráter complementar.

Inclusive, na cidade de Uberaba há um exemplo de sucesso de gestão e execução de equipamento de atenção psicossocial promovido por fundação privada: o CAPS Maria Boneca, ou Fundação Gregório Barembliitt, cujo funcionamento e resultados são de conhecimento público e notório das mais variadas autoridades públicas sanitárias e integrantes da sociedade civil, sem que se tenha notícia de qualquer insurreição visando o afastamento daquela Fundação Privada, ao argumento de ser o CAPS Maria Boneca “porta de entrada do sistema”. Ao mesmo tempo, o Município de Uberaba é responsável pela gestão da prestação de serviço em saúde mental, por sua Diretoria de Atenção Psicossocial, a qual planeja, organiza, implementa, controla e avalia os equipamentos de saúde mental que funcionam em rede. E exemplos como este há por certo muitos outros nas “Terras da Alterosa”.

Ademais, é sabido que gerência é a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambatório, hospital, instituto, fundação etc.), característica do prestador de serviços ao Sistema; por sua vez, gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria. A criação e o funcionamento desse subsistema municipal possibilitam uma grande responsabilização dos municípios, no que se refere à saúde de todos os residentes em seu território.

A Lei 8.080/90 fixa, no art. 18, a competência da direção municipal do SUS, cabendo-lhe:

- I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;
- II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;
- III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;
- IV - executar serviços:
 - a) de vigilância epidemiológica;
 - b) vigilância sanitária;
 - c) de alimentação e nutrição;
 - d) de saneamento básico; e
 - e) de saúde do trabalhador;

⁴³ Disponíveis em nossa página eletrônica www.mp.mg.gov.br (clicar “saúde” e em seguida “Enunciados”) os seguintes:

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Da mesma maneira, estão assentadas na Norma Operacional Básica do SUS – NOB, publicada no D.O.U. em 06/11/1996, várias responsabilidades da Gestão Plena do Sistema Municipal, no item 15.2.1, dentre as quais, a “Gerência de unidades próprias, ambulatoriais e hospitalares, inclusive as de referência”.

Neste norte, é mister que o Gestor Municipal do SUS, quando do estabelecimento de parcerias visando a administração de Unidades Básicas de Saúde – UBS – não se exima de suas atribuições e responsabilidades decorrentes da Lei Orgânica da Saúde como, por exemplo, fiscalizar como são dispendidos os recursos públicos repassados pela Secretaria Municipal de Saúde, a fim de evitar malversação do dinheiro público e a necessária prestação de contas perante o Poder público municipal.

Ora, no âmbito das normas que disciplinam a administração pública, como a do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, em especial no seu artigo 6º, é possível identificar os princípios fundamentais da organização administrativa:

I – o planejamento;

II – a coordenação;

III – a descentralização;

IV – a delegação de competência; e

V – o controle.

Como se percebe, não demanda muito esforço a conclusão de que a implantação da política pública de saúde exige prévio estudo, com o estabelecimento de diretrizes e metas que orientarão a ação governamental, inclusive com a adoção dos cuidados necessários para evitar duplicidade de atuação, dispersão de recursos, divergência de soluções, dentre outros malefícios impostos pela burocracia.

Em suma, cabe à Administração Pública ser zelosa na fixação de diretrizes e metas necessárias ao atendimento dos direitos do cidadão com boa qualidade e eficiência e, a partir delas, de maneira harmônica, desenvolver suas atividades.

Da mesma forma, cumpre-lhe a missão de manter-se atenta quanto a possíveis desvios em relação a efetiva finalidade

de seus atos, qual seja, o interesse público, esteja ela executando diretamente o serviço posto à disposição do cidadão ou mesmo quando se vale da contratação administrativa de particular.

Não foi por acaso que o Ministério da Saúde, ao regular a relação do SUS com os prestadores de serviços de saúde privados, por meio da Portaria MS/GM 1034/2010⁴⁴, alterada pela Portaria MS/GM 3114/2010, definiu que os entes públicos podem complementar a oferta com serviços privados de

44 Já revogada pela Portaria GM/MS nº 2.567, de 25 de novembro de 2016, que traz em seus 14 artigos a seguinte redação:

Art. 1º Esta Portaria dispõe sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 2º Para efeito desta Portaria, considera-se:

I - chamamento público: ato de chamar, publicamente, prestadores de serviços assistenciais de interesse do SUS, com a possibilidade de credenciá-los;

II - credenciamento: procedimento de licitação por meio do qual a administração pública, após chamamento público para um determinado objeto, celebra contrato de prestação de serviços com todos aqueles considerados aptos, nos termos do art. 25, “caput” da Lei nº 8.666, de 1993;

III - inscrição: preenchimento de formulário próprio disponibilizado pelo ente federado contratante, acompanhado dos documentos previstos no respectivo regulamento, que serão encaminhados à comissão responsável;

IV - cadastro: registro das informações apresentadas junto ao formulário de inscrição, como o nome da entidade, endereço, descrição da atividade econômica, natureza jurídica, entre outros dados que são de interesse da Administração;

V - habilitação: consiste na análise dos documentos entregues no ato de inscrição e parecer emitido por ocasião da visita técnica do ente federado contratante;

VI - inabilitação: situação em que o licitante não se habilita por não preencher qualquer dos requisitos constantes nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

VII - visita técnica para qualificação: inspeção realizada pelo ente federado contratante à entidade cadastrada com o objetivo de identificar e avaliar a capacidade física e operacional e a qualidade das ações e dos serviços prestados, com a emissão de parecer circunstanciado, que fundamentará a decisão acerca da habilitação da entidade;

VIII - convênio: instrumento firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde.

IX - contrato: ajuste entre órgãos ou entidades de saúde da Administração Pública e particulares, em que há um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, atinentes à prestação de serviços do SUS;

X - contratação: ato ou efeito de contratar, firmando vínculo formal com a assinatura do instrumento contratual pela credenciada, com publicação do extrato no respectivo Diário Oficial, além da divulgação em meio eletrônico;

XI - documento descritivo: instrumento de operacionalização das ações e serviços planejados de assistência à saúde com as respectivas metas qualitativas e quantitativas, identificando, quando couber, metas relacionadas à gestão, avaliação, ensino e pesquisa, anexado ou parte integrante do termo contratual ou contrato;

XII - fiscalização: verificação do cumprimento das condições descritas no instrumento contratual, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993; e

XIII - rescisão: rescisão contratual entre a entidade credenciada e o ente contratante, após regular processo administrativo, com observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Art. 3º Nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada.

§ 1º Na complementação dos serviços de saúde deverão ser observados os princípios e as diretrizes do SUS e as normas técnicas e administrativas aplicáveis.

§ 2º Assegurada a preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e ainda persistindo a necessidade quantitativa dos serviços demandados, o ente público recorrerá às entidades com fins lucrativos.

§ 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante a celebração de contrato ou convênio com o ente público, observando-se os termos da Lei nº 8.666,

assistência à saúde, desde que comprovada a necessidade

de 1993, e da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de acordo com os seguintes critérios:

I - convênio: firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde; e

II - contrato administrativo: firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde.

§ 4º As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos deixarão de ter preferência na contratação com o SUS, e concorrerão em igualdade de condições com as entidades privadas lucrativas, no respectivo processo de licitação, caso não cumpram os requisitos fixados na legislação vigente.

§ 5º As entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverão satisfazer, para a celebração de instrumento com a esfera de governo interessada, os requisitos básicos contidos na Lei nº 8.666, de 1993, e no art. 3º da Lei nº 12.101, independentemente das condições técnicas, operacionais e outros requisitos ou exigências fixadas pelos gestores do SUS.

§ 6º Para efeito de remuneração, os serviços contratados deverão utilizar como referência a Tabela de Procedimentos do SUS.

Art. 4º A instituição privada com a qual a Administração Pública celebrará contrato deverá:

I - estar registrada no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES);

II - submeter-se a avaliações sistemáticas pela gestão do SUS;

III - submeter-se à regulação instituída pelo gestor;

IV - obrigar-se a apresentar, sempre que solicitado, relatórios de atividade que demonstrem, quantitativa e qualitativamente, o atendimento do objeto pactuado com o ente federativo contratante;

V - submeter-se ao Sistema Nacional de Auditoria (SNA) e seus componentes, no âmbito do SUS, apresentando toda documentação necessária, quando solicitado;

VI - assegurar a veracidade das informações prestadas ao SUS;

VII - cumprir todas as normas relativas à preservação do meio ambiente; e
VIII - preencher os campos referentes ao contrato no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (SCNES).

Art. 5º A contratação complementar dos prestadores de serviços de saúde se dará nos termos da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 1º Desde que justificado pelo gestor competente, será admitido o credenciamento formal das entidades privadas nas hipóteses em que houver necessidade de um maior número de prestadores para o mesmo objeto e a competição entre eles for inviável.

§ 2º No caso do § 1º, serão aplicadas as regras da inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, "caput", da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 6º O credenciamento das entidades privadas prestadoras de serviços de saúde obedecerá às seguintes etapas:

I - chamamento público, com a publicação de edital e respectivo regulamento;

II - inscrição;

III - cadastro (Certificado de Registro Cadastral - CRC) das entidades interessadas;

IV - habilitação;

V - assinatura do termo contratual; e

VI - publicação do extrato do contrato no Diário Oficial do ente contratante ou jornal local de grande circulação.

Art. 7º Os requisitos para o credenciamento devem estar previstos no respectivo regulamento, garantindo-se isonomia entre os interessados dispostos a contratar pelos valores definidos pelo SUS, constantes, obrigatoriamente, no edital.

Art. 8º O registro de dados cadastrais para credenciamento estará permanentemente aberto a futuros interessados, estabelecidos limites temporais para as contratações.

Art. 9º O edital e o respectivo regulamento do chamamento público deverão ser disponibilizados no Diário Oficial correspondente, em jornais de grande circulação e por meios eletrônicos, contendo o prazo de inscrição.

Art. 10. O ente contratante deverá acompanhar todo o processo de credenciamento, podendo designar comissão especial para este fim.

Art. 11. No caso de contratação por inexigibilidade de licitação, como condição de eficácia dos atos, o gestor do SUS deverá publicar extrato da contratação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, por força do que dispõe o art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 12. Os contratos vigentes permanecerão regidos e executados de acordo com as regras do tempo de sua celebração.

Art. 13. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 14. Fica revogada a Portaria nº 1.034/GM/MS, de 5 de maio de 2010, publicada no Diário Oficial da União nº 85, Seção 1, do dia seguinte, pág.

de complementação dos serviços públicos de saúde e haja a impossibilidade de ampliação de tais serviços.

Vejamos o que dispunha os arts. 8º e 9º daquela portaria:

Art. 8º As instituições privadas de assistência à saúde contratadas ou conveniadas com o SUS devem atender às seguintes condições:

I - manter registro atualizado no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES;

II - submeter-se a avaliações sistemáticas, de acordo com o Programa Nacional de Avaliação de Serviços de Saúde - PNASS;

III - submeter-se à regulação instituída pelo gestor;

IV - obrigar-se a apresentar, sempre que solicitado, relatórios de atividade que demonstrem, quantitativa e qualitativamente, o atendimento do objeto;

V - atender as diretrizes da Política Nacional de Humanização - PNH;

VI - submeter-se ao Controle Nacional de Auditoria (SNA), no âmbito do SUS, apresentando toda documentação necessária, desde que solicitado;

VII - obrigar-se a entregar ao usuário ou ao seu responsável, no ato da saída do estabelecimento, documento comprobatório informando que a assistência foi prestada pelo SUS, sem custos adicionais para o paciente; e

VIII - garantir o acesso dos conselhos de saúde aos serviços contratados no exercício do seu poder de fiscalização.

Art. 9º Os contratos e convênios firmados deverão atender aos seguintes requisitos:

I - os serviços contratados e conveniados ficam submetidos às normas do Ministério da Saúde e das Secretarias de Saúde dos Estados e Municípios;

II - para efeito de remuneração, os serviços contratados deverão utilizar como referência a Tabela de Procedimentos SUS; e

III - os estabelecimentos deverão ser identificados no contrato pelo código do CNES, de acordo com os dados que constem nesse cadastro.

E foi enfrentando estas e outras questões que o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 352/2016 – TCU - Plenário, determinou ao Ministério da Saúde que orientasse todos os entes federativos a observarem as seguintes diretrizes na celebração de ajustes com entidades privadas visando à prestação de serviços de saúde:

9.1.1. a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde;

9.1.2. o credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os

58, e republicada no Diário Oficial da União nº 94, Seção 1, de 19 de maio de 2010, pág. 34.

interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva e impessoal;

9.1.3. devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população;

9.1.4. os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, os procedimentos realizados, os pacientes atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos;

9.1.5. não há amparo legal na contratação de mão de obra por entidade interposta mediante a celebração de termos de compromisso com Oscip ou de instrumentos congêneres, tais como convênios, termos de cooperação ou termos de fomento, firmados com entidades sem fins lucrativos.

Descendo ao caso concreto apresentado, denota-se que o contrato social do CISMEP, ao tratar das suas finalidades e objetivos, define que a instituição visa desenvolver ações e serviços de saúde aos entes federados consorciados, de abrangência microrregional e/ou macrorregional:

Art. 3º - O CISMEP tem como finalidades o desenvolvimento em conjunto, nos entes federados consorciados, de ações e serviços de saúde, em caráter complementar ao Sistema Único de Saúde – SUS, inseridos no contexto da regionalização, da programação pactuada integrada, da otimização dos recursos e da priorização da utilização dos mesmos de acordo com a estratificação de riscos e as necessidades locais, visando suprir as demandas represadas, bem como insuficiências ou ausência de oferta de serviços e/ou ações de saúde nos entes federados consorciados, caracterizados como vazios assistenciais, de acordo com o perfil sócio demográfico, epidemiológico regional, efetivando tudo isto com economia de escala e de escopo. (...)

Art. 4º - Os objetivos do CISMEP para os entes federados consorciados compreendem:

I – Implantar, implementar, e desenvolver serviços assistenciais de abrangência microrregional e/ou macrorregional; [Grifos nossos]

Além disso, contrato do consórcio CISMEP estabelece que para o cumprimento de seus objetivos, ele poderá “celebrar contrato de gestão” com a Administração Pública:

Art. 5º - Para o cumprimento de seus objetivos o consórcio poderá: (...)

VI – Celebrar contrato de Gestão com entes da Administração Pública. Autarquia e fundação qualificada como Agência Executiva, por meio da qual se estabeleçam como objetivos e metas a realização de ações e serviços de saúde, de caráter complementar ao Sistema Único de Saúde – SUS; [Grifos nossos]

A esse respeito, cabe distinguir o âmbito de atuação dos consórcios públicos de saúde e o das organizações sociais (OS), estas disciplinadas pela Lei federal n.º 9637/1998,

porquanto o contrato de gestão trata-se de um instrumento típico de atuação destas.

As organizações sociais (OS) são entidades de direito privado, não governamentais, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse social e são qualificadas pelo Poder Público para firmar parcerias mediante contrato de gestão, cujas principais características são apontadas no art. 1º da Lei n.º 9637/1998:

Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

A jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁵ assim define a organização social:

(...) é a qualificação jurídica dada à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. [Grifos nossos]

Deste modo, existem relevantes distinções entre os consórcios públicos e as organizações sociais (OS). Os consórcios públicos, conforme salientado, integram a Administração Pública Indireta de todos os entes que dele participam e que, independente da personalidade jurídica adotada, se sujeitam à incidência de normas de direito público sobre licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. Por outro lado, as organizações sociais são entidades de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por particulares e qualificadas pelo Poder Público para firmar parcerias mediante contrato de gestão.

Não se desconhece que a Lei dos Consórcios Públicos, Lei Federal n.º 11.107, faz referência ao instituto do contrato de gestão ao tratar das cláusulas necessárias do protocolo de intenções:

Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

(...) X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria; [Grifos nossos]

No entanto, conforme melhor interpretação sistemática, não se pode inferir que esse dispositivo legal autorize o consórcio público qualificar-se como organização social (OS) e firmar parcerias mediante contrato de gestão.

Enquanto instituição integrante da Administração Pública Indireta dos entes consorciados, o referido dispositivo legal possibilita que o consórcio celebre contrato de gestão com organizações sociais (OS) para a execução de atividades complementares ao desenvolvimento de suas finalidades. Portanto, é possível que o consórcio público figure como parte contratante no contrato de gestão com uma organização social, mas não como parte contratada como se fosse uma organização social (OS), uma vez que ambos têm natureza jurídica e características próprias.

45 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 501.

E finalizando abordagem desta nota, não é demais recordar que a criação dos consórcios públicos visa ferramenta de gestão pública para os entes consorciados.

Não se ignora a possibilidade de firmamento de convênios destes com outros entes federativos ou órgãos públicos, mas obviamente dentro dos limites estabelecidos pela Lei n.º 11.107/2005 e pelo Decreto n.º 6.017/2007.

Aliás, a própria Lei n.º 11.107/2005 delimita claramente a área de atuação do consórcio público, de tal forma que, por exemplo, em se tratando de consórcio integrado exclusivamente por município, sua abrangência recairá sobre o território dos entes consorciados. *In verbis*, o artigo 4º, § 1º, I, da Lei n.º 11.107/2005:

Art. 4º (...)

§ 1º Para os fins do inciso III do caput deste artigo, considera-se como área de atuação do consórcio público, independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios:

I - dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos;

Assim, plenamente possível que um consórcio público firme convênio com a União ou com o Estado, mas naturalmente tendo seu objeto com inserção no âmbito territorial dos entes consorciados e jamais de municípios diversos, sob pena deste terceiro ver-se travestido de consorciado em flagrante burla às exigências legais.

3 Conclusão

Diante de todo o exposto, ressalvada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, concluem o CAO Patrimônio Público e o CAO SAUDE que:

1) os entes municipais consorciados podem ceder servidores efetivos ao respectivo consórcio público;

2) o quadro próprio de pessoal do consórcio público é composto de empregos públicos, em comissão (de livre nomeação e exoneração) e de provimento efetivo (concurso público), regido pelo regime celetista.

3) nos termos do que dispõem o art. 241 da Constituição Federal e a Lei Federal n.º 11.107/05, a contratação de pessoal pelo consórcio público deve prestar-se ao atendimento dos interesses comuns dos entes municipais consorciados e não exclusivamente a um determinado município consorciado.

4) é vedado ao consórcio público intermunicipal prestar serviços de saúde para municípios que não sejam regularmente, na forma da lei, consorciados a este.

5) a celebração de contratos ou convênios pelos entes consorciados municipais com o respectivo consórcio público, objetivando a promoção e o oferecimento de serviços públicos de saúde deve ter sempre caráter complementar, vedando-se a completa transferência do dever dos próprios municípios em promover os serviços essenciais à comunidade local, nos termos constitucionais e legais.

6) os serviços de saúde considerados “portas de entrada” do Sistema Único de Saúde, assim considerados no artigo 9º do Decreto n.º 7508, de 28 de junho de 2011, na

forma da Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), instituída pela Portaria MS n.º 2488, de 28 de outubro de 2011, de competência constitucional do gestor local do SUS, constituem serviço público essencial e atividade-fim do Poder Público, somente podendo ser objeto de convênios ou contratos, com vistas à promoção e oferecimento de tais serviços, quando utilizada toda a capacidade instalada dos serviços, comprovada e justificada a necessidade de complementar sua rede e, ainda, se houver a necessidade de sua ampliação e, desde que não implique na transferência do dever dos Municípios em promover os serviços essenciais à comunidade local.

7) os serviços de saúde de atenção primária não podem ser transferidos, sendo sua gestão e execução de competência do gestor local do SUS municipal. Constituindo serviço público essencial e atividade-fim do Poder Público, somente podem ser objeto de convênios ou contratos, com vistas à promoção e oferecimento de tais serviços, quando utilizada toda a capacidade instalada dos serviços, comprovada e justificada a necessidade de complementar sua rede e, ainda, se houver a necessidade de sua ampliação e, desde que não implique na transferência do dever dos Municípios em promover os serviços essenciais à comunidade local.

8) é lícita a celebração de contratos ou convênios pelos entes consorciados municipais com o respectivo consórcio público, objetivando a promoção e o oferecimento de serviços públicos de saúde de média e alta complexidade.

9) os consórcios públicos municipais, quando da celebração de ajustes com entidades privadas visando a prestação de serviços de saúde, subordinam-se também às seguintes diretrizes:

9.1. a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde;

9.2. devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população;

9.3. a formalização de contrato administrativo entre o particular e o consórcio público submete-se aos comandos estabelecidos na Lei federal n.º 8.666/93;

9.3.1. inadmite-se que o consórcio público formalize contrato com quem não possa demonstrar, mediante sólida documentação, sua qualificação para o atendimento ao objeto que se anunciou. O zelo na análise de tal capacidade se impõe até mesmo como medida de cunho preventivo voltada a minimizar a possibilidade de ocorrência de irregularidades na execução do respectivo contrato, decorrentes exatamente da falta de capacidade do(a) contratado(a) para execução do serviço visado pela Administração Pública, posto que se arvorara na verdade de verdadeiro “atravessador”, ou melhor, de mero intermediador entre a Administração Pública e o real executor do serviço.

10) Os consórcios públicos não podem se qualificar como organização social de saúde perante os municípios que os integram, sendo ilegal a cele-

bração de contrato de gestão para gerenciamento de unidades públicas de saúde de seus municípios consorciados. No entanto, enquanto instituição integrante da administração pública indireta dos entes consorciados, poderá celebrar contrato de gestão (parte contratante) com organizações sociais para a execução de atividades complementares ao desenvolvimento de suas finalidades.

Remeta-se cópia, via *e-mail*, ao Órgão de Execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte-MG, 7 de julho de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
CAO – Patrimônio Público

Gilmar de Assis
Promotor de Justiça
CAO - Saúde