

Procedimento Administrativo n.º: 0024.12.009261-4

Representante: Fernando Ribeiro Magalhães Cruz e Carlos Dozza,
Promotores de Justiça

Representado: Município de Alfenas

Objeto: Inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 4.265/2011

Espécie: recomendação (que se expede)

Lei Municipal. Terceirização na prestação e gestão dos serviços de saúde. Contratação para PSF. Hipóteses fáticas de atividades permanentes que exigem servidores públicos efetivos. Inconstitucionalidade.

Excelentíssimo Prefeito Municipal,

1 Relatório

O Promotor de Justiça Fernando Ribeiro Magalhães Cruz, atuante na 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Alfenas, com lastro no Parecer Técnico Jurídico n.º 003/2012 do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde, ofereceu representação para análise de eventual inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 4.265, de 22 de março de 2011, do Município de Alfenas, que institui o Programa de Gestão Compartilhada de Serviços de Saúde, autoriza a formalização de parcerias e dá outras providências.

Juntou documentos de fls. 05/21.

Instaurado o Procedimento Administrativo de Controle da Constitucionalidade n.º MPMG-0024.12.009261-4, aportou nesta Coordenadoria, representação oferecida em face da mesma Lei pelo Promotor de Justiça Carlo Dozza, em exercício na 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Alfenas.

Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade
Rua Dias Adorno, n.º 367/9º andar
Santo Agostinho - Belo Horizonte - MG

Da análise da documentação foram constatados vícios de inconstitucionalidade da referida legislação.

Assim, esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, antes de utilizar a via do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos perante o Tribunal de Justiça, resolve expedir a presente RECOMENDAÇÃO a Vossa Excelência, objetivando, com isso, que o próprio Poder elaborador das normas impugnadas dê solução ao caso, exercendo seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos a seguir.

2 Fundamentação

2.1 DO TEXTO LEGAL HOSTILIZADO

Eis o teor dos dispositivos legais eivados de inconstitucionalidade:

LEI MUNICIPAL N.º 4.265, DE 22 DE MARÇO DE 2011

Institui o Programa de Gestão Compartilhada de Serviços de Saúde, autoriza a formalização de parcerias e dá outras providências.

Art. 1º O Município instituirá o Programa de Gestão Compartilhada de Serviços de Saúde, mediante a implementação de instrumentos que possibilitem a parceria na prestação e gestão dos serviços de saúde, o controle social, a descentralização de ações, a valorização dos profissionais da saúde e a otimização da utilização dos recursos públicos disponíveis.

Art. 2º - Para o desenvolvimento do Programa de Gestão Compartilhada, o Município poderá celebrar instrumentos de parceria que prevejam a transferência de recursos financeiros, a título de contribuição e a concessão de uso de bens móveis e imóveis pertencentes à rede de saúde do Município, para entidades filantrópicas e/ou associações sem fins lucrativos, com o intuito de

promover a descentralização das ações de serviços de saúde, conforme diretrizes do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único. A formalização da parceria prevista no **caput** poderá ser realizada exclusivamente com entidade sem fins lucrativos que comprove ter experiência em gestão e administração de serviços de saúde.

Art. 3º Para formalização da parceria entre o Município e a entidade, será obrigatória a constituição de um termo de gestão que estabeleça metas concretas a atingir, plano de aplicação dos recursos transferidos e instrumento de acompanhamento e aferição das atividades desenvolvidas e dos resultados esperados e ocorridos.

Art. 4º Mediante apresentação de justificativas e estudos que comprovem o impacto no custo de funcionamento regular da entidade pela adesão ao Programa de Gestão Compartilhada, o plano de aplicação poderá prever o repasse, à título de ressarcimento pelas despesas de administração da parceria, em valores nunca superiores à valores de mercado, apurados em pesquisas próprias.

Art. 5º O termo de parceria a ser estabelecido entre o Município e a entidade deverá conter a especificação dos valores a serem transferidos, bem como a identificação dos itens de despesas que serão custeadas, em especial, aquelas destinadas para cobrir gastos de pessoal dos programas que a entidade participará da gestão.

Art. 6º A entidade que participar do Programa de Gestão Compartilhada de Serviços de Saúde, quanto ao pessoal que lhe for disponibilizado, deverá estabelecer contrato de trabalho regular, com todas as obrigações e direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e deverá promover processo seletivo simplificados para o recrutamento e seleção, excetuados aqueles que atuam como agente comunitário de Saúde e de Endemias, cujo regulamento de seleção é próprio e casos excepcionais justificados.

Parágrafo único. A obrigação prevista no caput, quanto à realização de processo simplificado pela entidade, poderá ser suprida por processo já realizado diretamente pelo Município.

Art. 7º Os reajuste de vencimentos concedidos ao pessoal civil da administração municipal poderão ser repassados ao pessoal contratado pela entidade especificamente para atuar no Programa de Gestão Compartilhada de Serviços de Saúde.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e será regulamentada por Decreto do Executivo.

Alfenas(MG), 22 de março de 2011.

Luiz Antônio da Silva

Prefeito Municipal
Divisa-se, no particular, que a lei municipal em causa padece do vício da *inconstitucionalidade material*, como demonstraremos na sequência.

2.2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PARTICIPAÇÃO DE PARTICULARES DE FORMA COMPLEMENTAR. LEI QUE AUTORIZA TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE COMO UM TODO. INCONSTITUCIONALIDADE

O artigo 196 da Constituição da República impõe ao Estado o dever fundamental de prestação de serviços de saúde, nos seguintes termos:

CR/88:

Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante 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.

Art. 197. **São de relevância pública as ações e serviços de saúde**, cabendo 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.

[...]

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. (grifos nosso)

Por sua vez, a Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece:

CE/89:

Art. 11 - É competência do Estado, comum à União e ao Município:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia do portador de deficiência;

[...]

Art. 186 - A saúde é direito de todos, e a assistência a ela é dever do Estado, assegurada mediante políticas sociais e econômicas que visem à eliminação do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Parágrafo único - O direito à saúde implica a garantia de:

I - condições dignas de trabalho, moradia, alimentação, educação, transporte, lazer e saneamento básico;

II - acesso às informações de interesse para a saúde, obrigado o Poder Público a manter a população informada sobre os riscos e danos à saúde e sobre as medidas de prevenção e controle;

III - dignidade, gratuidade e boa qualidade no atendimento e no tratamento de saúde;

IV - participação da sociedade, por intermédio de entidades representativas, na elaboração de políticas, na definição de estratégias de implementação e no controle das atividades com impacto sobre a saúde.

Art. 187 - As ações e serviços de saúde são de relevância pública, e cabem ao Poder Público sua regulamentação, fiscalização e controle, na forma da lei.

Parágrafo único - **A execução das ações e serviços será feita pelo Poder Público e, complementarmente, por pessoa física ou jurídica de direito privado.** (grifo nosso).

Art. 188 - As ações e serviços públicos de saúde no âmbito do Estado integram rede nacional regionalizada e hierarquicamente constituída em sistema único, e se pautam também pelas seguintes diretrizes:

I - descentralização com direção única, em nível estadual e municipal;

II - regionalização de ações da competência do Estado;

III - integralidade na prestação de ações de saúde adequadas à realidade epidemiológica, com prioridade para as ações preventivas e consideradas as características socioeconômicas da população e de cada região, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

IV - participação da comunidade;

V - participação complementar das instituições privadas no sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, assegurada a preferência a entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos;

VI - valorização do profissional da área da saúde, com a garantia de planos de carreira e condições para reciclagem periódica.
[...]

Como se extrai desses dispositivos constitucionais, a assistência básica em saúde configura serviço essencial de relevância pública, a ser prestado diretamente pelo poder público.

Apenas em caráter complementar admite-se a participação das instituições privadas no Sistema Único de Saúde. Ou seja, a Constituição conferiu primazia à execução dos serviços de saúde pelos entes estatais.

Dessa forma, a participação de particulares no SUS deve consistir exceção, e só se justifica em ações nas quais as estruturas do Poder Público se mostrem insuficientes.

É como dispõe o art. 24 da Lei Orgânica da Saúde - Lei n.º 8.080/1990:

Lei Federal n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990:

[...]

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.

[...]

Contudo, em sentido diametralmente oposto, a Lei Municipal n.º 4.625/2011, do Município de Alfenas, autoriza, de forma indiscriminada, a terceirização de quaisquer serviços de saúde a instituições particulares.

Não bastasse, a indigitada lei permite, ainda, a transferência da gestão das ações de saúde para a iniciativa privada, em flagrante ofensa às Constituições da República e do Estado de Minas Gerais, já que o Estado não pode

se afastar de obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta: assegurar o direito fundamental à saúde.

Portanto, clara a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 4.256/2011, do Município de Alfenas.

2.3 LEI MUNICIPAL. SERVIÇOS DE SAÚDE. CONTRAÇÃO DE PESSOAL POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS SEM SUBMISSÃO A CONCURSO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE.

Além das inconstitucionalidades apontadas, a terceirização dos serviços de saúde da forma prevista Lei n.º 4.265/2011, do Município de Alfenas, constitui burla a regra constitucional da imprescindibilidade de concurso público.

Com efeito, o art. 37, inciso II, da Constituição da República prevê, como regra geral, a necessidade de concurso público para o acesso a cargos públicos:

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:

[...]

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;

[...]

A Constituição do Estado, no artigo 21, § 1º, traz a mesma regra contida na Constituição da República:

Art. 21 - Os cargos, empregos e funções são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

[...]

§ 1º- A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Quanto à obrigatoriedade do concurso público, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n.º 685, do seguinte teor:

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.¹

Ademais, nossa Suprema Corte já manifestou o seguinte entendimento:

O provimento de cargos públicos tem sua disciplina traçada, com vigor vinculante, pelo constituinte originário, não havendo que se falar, nesse âmbito, em autonomia organizacional dos entes federados.²

Não obstante, o art. 6º da Lei n.º 4.265/2011, do Município de Alfenas, permite a contratação de pessoal por entidade privada para prestar serviços na área de saúde, sem o necessário concurso público.

¹ *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1401p. p.388.

² STF, RTJ 154/45.

Imperioso consignar que os Programas de atendimento à população na área da saúde, a exemplo do PSF, não possuem caráter temporário nem excepcional, uma vez que, além de sempre necessários, vêm sendo implementados por convênios entre os entes federados, com prazos indeterminados e têm, portanto, caráter permanente. **A natureza da função pública realizada é o fator determinante para a aferição da natureza permanente, não o fato de haver um convênio ou programa, por si só.**

Ausente o caráter de *transitoriedade* dado aos programas governamentais voltados para a saúde da população, **clara a necessidade de concurso público** para os cargos.

A propósito, o Tribunal de Justiça mineiro deixou consignado:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR. EMENDA INDEVIDA À INICIAL. NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. MÉRITO. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS. PROFISSIONAIS CONTRATADOS PARA O PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA. ATIVIDADES ROTINEIRAS DO INTERESSE DA MUNICIPALIDADE. NECESSIDADE PERMANENTE DA ADMINISTRAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. LEI ESPECÍFICA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, INCISOS II E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. A sentença deve refletir a realidade fática existente no momento em que é proferida. Portanto, se houve aprovação de lei no curso da lide que influa em seu julgamento, deve ser aplicada a regra do artigo 462 do CPC. A possibilidade de contratação temporária não é regra, mas sim, exceção, devendo ser desta forma interpretada pelos Legisladores Municipais sob pena de incorrer em ofensa ao disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. Demonstrado que lei municipal, que regulamenta a contratação temporária, prevista no artigo 37, IX da Constituição Federal, a tem como regra e não atende ao excepcional interesse público ou ao requisito da temporariedade, impõe-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, uma vez que as leis municipais devem observar os princípios estabelecidos

na própria Constituição, e também na Constituição do Estado a que pertencer.³

Colhe-se ainda do voto do eminente Relator:

[...]

Conforme prevê o artigo 29 da Constituição Federal, as leis municipais, seja a lei orgânica ou leis ordinárias, devem observar os princípios estabelecidos na própria Constituição, também na Constituição do Estado a que pertencer e, dentre os princípios que deve conter, estão os descritos no art. 37 da Carta Magna.

[...]

Bem de se ver que tais contratações visavam o preenchimento de cargos e funções relativas a atividades rotineiras do interesse da municipalidade e de necessidade permanente da Administração que, por isso mesmo, deveriam ser providos por servidores efetivos concursados.

[...]

Cumprе ressaltar que a determinação para a realização do concurso público não vincula os profissionais à forma de atendimento do PSF. Os servidores aprovados poderão desempenhar suas funções em quaisquer outras estratégias ou programas futuramente adotados pelo Município para o atendimento da saúde básica, que hoje é realizado através do Programa Saúde da Família. (destaque nosso)

Ademais, a matéria aqui aventada já foi sede de recente debate em nossa Suprema Corte, tendo o Ministro Ricardo Lewandowski manifestado em seu voto, no bojo do julgamento da Reclamação n.º 4464, o seguinte:

O que diz o Ministério Público na inicial? Na inicial ele faz alusão ao inquérito civil público e diz exatamente isto:

“(...) o PSF é, na verdade, uma Política de Governo que dura há mais de 10 (dez) anos, não havendo que se falar em admissão temporária,

³ Minas Gerais. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0317.07.077474-8/002. Comarca de Itabira. Rel. Des. Armando Freire. j. 09.12.2008 DJ 30.01.2009.

*até porque a saúde é um direito permanente de todos e obrigação do Estado (...)" Então ele exige que essas admissões se façam em caráter permanente, e, penso eu, segundo o regime estatutário.*⁴
(grifo nosso)

Extrai-se, então, desse voto, que os programas governamentais, sem prazo determinado, demandam certame público, face a natureza da função e seu caráter permanente.

Dessarte, é de se concluir pela inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Municipal n.º 4.265/2011.

3 Conclusão

Esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, considerando a inconstitucionalidade da Lei n.º 4.265, de 22 de março de 2011, do Município de Alfenas;

Considerando, outrossim, que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sendo certo que, para tanto, é seu dever constitucional o combate às leis e atos normativos inconstitucionais, consoante se extrai do art. 129, IV, da Constituição da República/88; art. 120, IV, da Constituição do Estado de Minas Gerais; art. 25, I, da Lei Federal n.º 8.625/93 e, ainda, dos artigos 66, I, e 69, II, da Lei Complementar estadual n.º 34/94;

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recl. n.º 4464. Rel. Carlos Britto. j. 20 maio 2009. DJ 20/08/2009.

Considerando, também, a possibilidade do autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante, na sua condição de canal legítimo para a adequação do sistema infraconstitucional aos ditames constitucionais;

Considerando, por fim, que a *recomendação* é um dos mais úteis instrumentos de atuação do Ministério Público, nos termos do art. 27, I, parágrafo único, e IV, da Lei Federal n.º 8.625/93;

RECOMENDA a Vossa Excelência, nos termos e condições adiante fixados, a **revogação** da **Lei n.º 4.265, de 22 de março de 2011, do Município de Alfenas**:

Esta Coordenadoria, nos termos do inciso IV, parágrafo único, do art. 27 da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, fixa o prazo de trinta dias, a contar da data do recebimento desta, para que Vossa Excelência cumpra, em sendo esse o entendimento, a presente recomendação, nos termos da disposição anterior .

Na ocasião, também nos termos do disposto no inciso IV, parágrafo único, do art. 27 da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, requisita diretamente a Vossa Excelência :

- a) divulgação adequada e imediata da presente recomendação;
- b) informações por escrito, no prazo de dez dias, contados a partir do vencimento do prazo de trinta dias acima fixado, sobre o cumprimento ou não da presente recomendação.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2013.

ELAINE MARTINS PARISE
Procuradora de Justiça
Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade