

SEÇÃO IV – DIREITO COLETIVO E PROCESSUAL COLETIVO

SUBSEÇÃO I – DIREITO COLETIVO

1. ARTIGOS

1.1 A CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS PARA O PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA

NIDIANE MORAES SILVANO DE ANDRADE
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O artigo tem como objetivo analisar a inconstitucionalidade e ilegalidade da contratação de profissionais para o programa de saúde da família na forma indireta ou sem concurso público de provas e títulos. Inicia-se com uma breve análise histórica do referido programa, atualmente classificado como estratégia pelo Ministério da Saúde, evidenciando que a emenda constitucional 51/2006 e legislação posterior a respeito somente reforçaram o que já era evidente desde 1994: os profissionais das equipes de saúde da família não poderiam ser contratados sem a observância do quanto previsto no artigo 37, II da CF. Após demonstrar que não há argumento razoável e constitucional, nem mesmo de natureza orçamentária, a respaldar as contratações indiretas ou por prazo determinado, estas supostamente embasadas no artigo 37, inciso IX da CF, segue comentando as providências que poderiam ser adotadas pelo Ministério Público nos Municípios com a meta de combater as práticas ilegais apontadas anteriormente.

PALAVRAS-CHAVE: saúde; família; terceirização; contratação; temporária.

ABSTRACT: The present article aims at analyzing the unconstitutionality and illegality of the hiring of professionals for the Program of Family Health in an indirect manner or without a public entrance exam of tests and titles in Brazil. Initially, there is a brief historical analysis of the program, currently classified as a strategy of the Health Ministry, showing that the Constitutional Amendment n° 51/2006 and later legislation concerning this matter only reinforce what was already evident since 1994: the professionals from the staff of the Program of Family Health could not have been hired without accordance to the article 37, II of the Federal Constitution of 1989. After demonstrating that there is no reasonable and constitutional evidence, not even of a budgetary nature, to support the indirect or temporary hiring supposedly based upon the article 37, section IX of the Brazilian Federal Constitution. After, one comments

on the steps that could be taken by the Health Ministry in the cities and towns aiming at combating the aforementioned illegal practices.

KEY WORDS: health; family; outsourcing; hiring; temporary.

SUMÁRIO: 1. As políticas públicas na área de saúde. 2. Orçamento da União e habilitação dos Municípios. 3. A ilegal contratação de pessoal mediante *terceirização*. 4. A Emenda Constitucional nº 51/2006 e a Lei nº 11.350/2006. 5. A fiscalização do Programa Saúde da Família e a revogação dos convênios ilegais. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. As políticas públicas na área de saúde

A Constituição Federal de 1988 – CF/88 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e classificou expressamente a saúde como direito de todos e dever do Estado. Mas o artigo 196 da CF/88 foi além de uma previsão estritamente genérica, deixando claro que o dever do Estado compreendia não só proporcionar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção e recuperação da saúde, mas também a adoção de políticas sociais e econômicas visando à redução do risco de doença e outros agravos. Extrai-se do dispositivo que a meta a ser buscada pelo poder público é dupla: de um lado o atendimento universal e resolutivo dos indivíduos que apresentem doenças, de outro a prevenção sistemática das doenças e possíveis agravamentos, garantindo dessa forma o direito de estar e permanecer saudável:

Primeiro, saúde traz o conteúdo de ausência de doenças, e em segundo lugar, de ambiente circundante propiciador de bem-estar físico, mental e social. Em decorrência, o direito à saúde tem por conteúdo ações positivas e negativas estatais e da sociedade de caráter preventivo e curativo em face de doenças e outros agravos, bem como de políticas públicas compatíveis com esse fim último. (WEICHERT, 2004, p. 158).

Na esteira da meta constitucional, a Lei nº 8.080/90 detalhou as obrigações do poder público na área da saúde, impondo a reformulação das políticas públicas na época existentes:

Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º - O dever do Estado de garantir a saúde consiste na *reformulação e execução de políticas econômicas e sociais* que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º - O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (grifo nosso).

O Ministério da Saúde criou em 1991 o Programa Nacional de Agentes Comunitários de Saúde, que em 1992 passou a se chamar Programa de Agentes Comunitários de Saúde – PACS, precursor do Programa Saúde da Família – PSF, integrando-o a partir de 1994. O objetivo era implantar nos Municípios equipes multiprofissionais, com atuação vinculada a determinadas regiões geográficas, priorizando aquelas onde a população estivesse mais exposta a riscos sociais.

A Portaria GM1886/97 previa que as equipes de saúde da família seriam compostas por no mínimo um médico, enfermeiro, auxiliar de enfermagem e agentes comunitários de saúde (na proporção de um agente para, no máximo, 150 famílias ou 750 pessoas). O Agente Comunitário de Saúde deveria desenvolver atividades de prevenção de doenças e promoção da saúde através de visitas domiciliares e ações educativas individuais e coletivas.

A implantação do PACS e do PSF caracterizou uma mudança significativa no modelo de atenção básica à saúde até então adotado pelo Governo Federal, conforme destaca Bornstein (2006):

A partir de 1997 o PACS e o PSF passam a ser prioridades do Plano de Metas do Ministério da Saúde sendo que em documento de sua Secretaria Executiva⁸, o PACS é considerado uma estratégia transitória para o PSF. Por outro lado, nos documentos oficiais do Ministério da Saúde, o PSF é apresentado como uma estratégia que visa a reorientação do modelo assistencial, substituindo o modelo tradicional de assistência orientado para a cura de doenças e hospitalocêntrico, por um modelo cujas principais características são o enfoque sobre a família a partir de seu ambiente físico e social, como unidade de ação; a adscrição de clientela através da definição de território de abrangência da equipe; estruturação de equipe multiprofissional; a ação preventiva em saúde; a detecção de necessidades da população ao invés da ênfase na demanda espontânea; e a atuação intersetorial com vistas à promoção da saúde.

O próprio governo federal passou a denominar a saúde da família não mais como um programa, mas como uma estratégia, inclusive na Portaria GM/MS nº 399, de 22 de fevereiro de 2006. Apesar disso, por se tratar da nomenclatura mais adotada pelos usuários e gestores, continuaremos neste trabalho a nos referirmos ao Programa Saúde da Família.

2. Orçamento da União e habilitação dos Municípios

A Constituição Federal, em seu artigo 198, I, impôs a descentralização das ações e serviços de saúde, com o obrigatório rateio pela União da porcentagem mínima do orçamento (artigo 77, ADCT), entre Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 198, § 2º, da Constituição Federal).

De acordo com a Lei nº 8.142/90, os recursos do Fundo Nacional de Saúde serão alocados para: a) despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, seus órgãos e entidades, da administração direta e indireta; b) investimentos previstos em lei orçamentária, de iniciativa do Poder Legislativo e aprovados pelo Congresso Nacional; c) investimentos previstos no Plano Quinquenal do Ministério da Saúde; d) cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

Dentre os recursos a serem repassados para os demais entes federativos, setenta por cento cabe aos Municípios. A quantia de cada um depende de indicadores geográficos, de desenvolvimentos (IDH), atendimentos disponibilizados, entre outros. Como forma de controlar a aplicação dos recursos e garantir os padrões mínimos essenciais do Sistema Único de Saúde – SUS em toda a Federação, a União tem criado programas específicos para os quais o Município pode se habilitar, desde que demonstre o cumprimento de determinadas condições.

Para ser inserido no Programa Saúde da Família do Governo Federal, o Município deveria atender a três requisitos: 1) estar habilitado em alguma forma de gestão segundo a NOB/SUS 01/96; 2) apresentar ata de reunião do Conselho Municipal de Saúde em que se aprovou a implantação do programa; 3) solicitação do Município à Secretaria Estadual de Saúde¹. A partir da habilitação, o Município teria a prerrogativa de receber do Ministério da Saúde recursos financeiros de incentivo, proporcionais à população assistida pelas unidades de saúde da família, de acordo com critérios e prioridades definidos e pactuados pela Comissão Intergestores Tripartite.

Importante esclarecer que a NOB/SUS 01/1996 previa duas formas de gestão da saúde na esfera municipal: a) Gestão Plena de Atenção Básica – GPAB e; b) Gestão Plena do

¹ Portaria nº 1886/1997.

Sistema Municipal. Em seguida, a NOAS/ 2002 fixou duas formas de gestão no âmbito municipal: a) Gestão Plena de Atenção Básica Ampliada – GPBAB-A e; b) Gestão Plena do Sistema Municipal – GPSM. Atualmente está em fase de implementação o Pacto pela Saúde, apresentado pela Portaria GM/MS nº 399, de 22 de fevereiro de 2006.

Conforme a Portaria GM nº 1886/97, era atribuição do Município ao aderir ao Programa Saúde da Família: recrutar os agentes comunitários de saúde através de processo seletivo, observando normas e diretrizes básicas do programa; contratar e remunerar os agentes comunitários de saúde e os enfermeiros, instrutores e supervisores; selecionar, contratar e remunerar os profissionais que integram as equipes; garantir a infra-estrutura e os insumos necessários para resolutividade das unidades de atendimento.

Incontestavelmente se trata de espécie de convênio entre a gestão federal e a gestão municipal, cujo objetivo é a prestação de serviços de atenção à saúde. Sobre os convênios administrativos, comenta Meirelles (2000, p. 371): “Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”. O Decreto-Lei nº 200/67, tratando da descentralização da Administração Federal, autoriza a realização de convênios com as unidades federadas, desde que devidamente aparelhadas para executá-los:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio [...].

Nesse sentido dispôs o artigo 1º, § 2º, da Instrução Normativa STN nº 01/1997: “A descentralização da execução mediante convênio ou Portaria somente se efetivará para entes que disponham de condições para consecução do seu objeto e tenham atribuições regimentais ou estatutárias relacionadas com o mesmo”.

3. Da ilegal contratação de pessoal mediante terceirização

Apesar de todos os requisitos impostos pela legislação supramencionada, inúmeros Municípios brasileiros optaram por não realizar diretamente o objeto dos convênios

para implantação e gestão do Programa Saúde da Família. Tais Municípios celebraram supostos *convênios* com entidades da iniciativa privada, de natureza filantrópica, sem qualquer procedimento licitatório, através dos quais foram feitas as contratações de profissionais das diversas áreas.

A ilegalidade na gestão dos recursos do Programa Saúde da Família em tais casos era evidente desde o início, já que somente os Municípios aparelhados e com as condições necessárias para selecionar, contratar e remunerar os profissionais das equipes e garantir a infraestrutura e os insumos necessários para resolutividade das respectivas unidades poderiam ter se habilitado e receber os recursos federais. Como se percebe, não havia autorização para a contratação de funcionários pela via indireta, ou através da denominada *terceirização*, razão suficiente para afirmar que a atividade já descentralizada pela União não poderia ser subsequente descentralizada pelo Município para a iniciativa privada. Sobre o princípio da legalidade em direito administrativo, assevera Melo (2003, p. 95):

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Onde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios e formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições.

Não fosse suficiente, ressalta-se que se os gestores municipais de saúde desejavam lançar mão de convênios com entidades da iniciativa privada, mesmo que filantrópicas, deveriam ter realizado o necessário procedimento licitatório, nos termos do artigo 116 da Lei nº 8.666/93: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Registramos, por ser oportuno, a flagrante inconstitucionalidade do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, prevendo a dispensa de licitação para contratos de prestação de serviços com organizações sociais, bem como dos dispositivos da Lei nº 9.637/98 acerca da qualificação de entidade como organização social e possível celebração de convênio para transferência de recursos e cessão de servidores independentemente de processo licitatório. Nesse sentido são dignos de transcrição os comentários de Melo (2003, p. 222):

Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais

singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelos Estado, considerando-se bastante para tal a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de 'organização social'. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá o favorecimento de toda espécie.

Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio).

Tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1923, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores exatamente contra o inciso XXIV, artigo 24, da Lei nº 8.666/93 e artigos da Lei nº 9.637/98. Em voto acerca do pedido de cautelar para suspender os efeitos dos dispositivos, datado do dia 02/02/2007, o Ministro Eros Roberto Grau divergiu do relator Ministro Ilmar Galvão, concedendo a medida para suspender os efeitos do disposto no artigo 1º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e nos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, amparado na flagrante contrariedade ao artigo 37, XXI, da CF/88 e ao princípio da isonomia:

Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei n. 9.637/98: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elastudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a 'cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem'. Inconstitucionalidade chapada, como diria o Ministro Pertence, inconstitucionalidade que se manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

O julgamento final do pedido cautelar, bem como da ADIn respectiva, ainda está pendente. Outro aspecto importante é que a assistência básica em saúde configura serviço essencial de relevância pública, a ser prestado diretamente pelo poder público. Dispõe o artigo 196 da CF/88 que a saúde é direito de todos e *dever do Estado*, enquanto o artigo 199, § 1º, da mesma Carta assevera que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS, deixando incontestes a obrigação de execução direta do mínimo essencial pelo próprio ente governamental. A Lei nº 8.080/90 também menciona a função complementar dos serviços e ações da iniciativa privada no SUS:

Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde-SUS.

[...]

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

Ainda é importante destacar que a participação em caráter complementar somente se justifica quando tratamos de ações que não seriam implementadas pelo poder público isoladamente. Nesse caso é conveniente buscar a cooperação de entidades da iniciativa privada, preferencialmente filantrópicas, fazendo uso da estrutura física e de pessoal já existentes para ir além dos serviços que o próprio Município presta diretamente.

Essa participação deve se dar de forma complementar à rede pública, ou seja, somente pode haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público. (WEICHERT, 2004, p. 199).

Abordando o tema parcerias na administração pública, Di Pietro (1996) reforça que o caráter complementar implica a prévia existência de infraestrutura mínima da entidade prestadora do serviço que será somada ao investimento público. Caso contrário não existirá um convênio, mas mera transferência da prestação que incumbe ao poder público para terceiros:

[...] não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que

estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio.

Não obstante as inúmeras inconstitucionalidades, as administrações dos entes federativos têm investido na *terceirização* da maior quantidade possível de serviços e ações de saúde, até mesmo as de assistência básica, transferindo o seu papel constitucional e legal para entidades cujos estatutos sequer enumeram entre as finalidades de sua existência a prestação de serviços dessa natureza.

Mais grave é percebermos que a maioria dos referidos convênios do Programa Saúde da Família serve apenas para que o Município contrate pessoal sem concurso público, se esquive de adimplir com suas obrigações previdenciárias em razão da dispensa de contribuição do empregador quando se trata de entidade filantrópica, além de burlar a lei de responsabilidade fiscal. Com efeito, não raro a única função das entidades filantrópicas é formalizar as contratações e rescisões, além de preencher os cheques para pagamento. Enquanto isso, incumbe à Secretaria de Saúde: a) transferir todos os recursos financeiros para as despesas com pessoal, inclusive para os serviços de coordenação dos convênios e prestação de contas; b) fornecer a estrutura física de funcionamento das Unidades de Saúde da Família; c) tomar as decisões sobre quem e quando contratar ou demitir; d) estabelecer as diretrizes e acompanhar os serviços prestados nas Unidades Básicas de Saúde; e) avaliar os resultados.

Ao tempo em que frustra a regra constitucional relativa à obrigatoriedade do concurso público para o acesso a cargos, empregos e funções (artigo 37, II), esse procedimento abre espaço para a prática de atos de improbidade cuja fiscalização se torna extremamente difícil. Exemplo marcante é o controle da observância ao artigo 73, inciso V, da Lei nº 9.504/97, que veda a contratação, demissão, transferência, remoção ou exoneração de servidor público no período de três meses que antecedem o pleito eleitoral.

4. A Emenda Constitucional nº 51/2006 e a Lei nº 11.350/2006

Relevante mencionar que, em 2002, a Lei nº 10.507 havia criado formalmente a profissão de agente comunitário de saúde e seu artigo 4º foi responsável por parte do estímulo às terceirizações nos Municípios:

Art. 4º. O Agente Comunitário de Saúde prestará os seus serviços ao gestor local do SUS, mediante vínculo direto ou indireto.

Parágrafo único. Caberá ao Ministério da Saúde a regulamentação dos serviços de que trata o caput.

Diante disso, algo inserido no texto para dar-lhe certa flexibilidade, ante a possibilidade de imprevistos nas atividades específicas dos Agentes a exemplo das epidemias, tornou-se quase regra em muitos locais do Brasil para todos os cargos do Programa Saúde da Família. Para que não permanecessem dúvidas, veio a Emenda Constitucional nº 51/2006 dispor de maneira taxativa a respeito do assunto no âmbito específico do programa saúde da família, já que o óbvio estava sendo sistematicamente ignorado:

Art 2º. Após a promulgação da presente Emenda Constitucional, *os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados*, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, observado o limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal. (grifo nosso).

Em verdade, os outros profissionais do programa também devem ser contratados diretamente pelo Gestor Municipal ou Distrital. No entanto, a menção direta ao agente de saúde e ao agente de combate a endemias se deve ao fato das referidas funções serem a grande novidade do novo enfoque da política nacional de saúde. Médicos, enfermeiros, dentistas, auxiliares de enfermagem e de consultório dentário eram profissões já existentes nos quadros do poder público, indispensáveis à prestação dos serviços básicos. A Emenda nº 51/2006 acrescentou ainda os parágrafos 4º, 5º e 6º ao artigo 198 da CF/88:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

[...]

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

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

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

A Lei nº 11.350/2006 regulamentou o § 5º do artigo 198 reforçando uma vez mais que o vínculo entre a administração e os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias deve ser direto. Após enumerar os requisitos para o exercício da profissão e descrever as atividades a serem desempenhadas, estabelece que os agentes serão submetidos ao regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho, estando sujeitos à rescisão do contrato nas seguintes hipóteses (art. 10): a) prática de falta grave; b) acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções pública; c) necessidade de redução de quadro de pessoal por excesso de despesa, nos termos do artigo 169, § 4º, da CF/88 e Lei nº 9.801/1999; d) insuficiência de desempenho apurada em procedimento com contraditório e direito a recurso.

Embora a legislação tenha fixado o regime da CLT para os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias, nitidamente buscou resguardá-los de possíveis abusos do poder político dos gestores municipais a que se reportarem. Afastada a demissão sem justa causa, a Lei nº 11.350/2006 criou uma nova espécie de estabilidade. De outro lado, autorizou a rescisão caso o agente de saúde deixe de residir na área de atuação do PSF, critério essencial para sua admissão.

Resguardou-se ainda a situação daqueles que na data da publicação da Emenda nº 51/2006 estavam exercendo as funções de agente de saúde e agente comunitário de saúde, mediante contratação direta ou por *terceirização*. Para esses agentes é dispensada a exigência de submissão a processo seletivo público, desde que o órgão ou ente da administração direta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios certifique a existência de anterior processo de seleção pública, com observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Note-se que a impessoalidade sempre foi diretriz operacional do Programa Saúde da Família e do combate a endemias, conforme Portaria nº 1886/97.

5. A fiscalização do Programa Saúde da Família e a revogação dos convênios ilegais

Apesar da nova legislação, em muitos Municípios a *terceirização* permanece, revelando-se necessária a atuação urgente do Ministério Público para fazer cessar a ilegalidade, seja através da assinatura de compromisso de ajustamento de conduta, seja através de ação judicial.

Inicialmente registramos que, exceto os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias, em relação aos quais existe autorização para contratação pela Consolidação das Leis do Trabalho, os demais profissionais deverão ser submetidos a concurso público para o provimento de cargos efetivos nos Municípios. É imperativo que tanto os empregos públicos dos agentes, quanto os cargos dos demais membros das equipes sejam previamente criados por lei municipal.

Destarte, para um programa que já dura quase dez anos não se justifica a contratação por prazo determinado dos médicos, enfermeiros, dentistas, tampouco dos profissionais de nível técnico, auxiliares etc. Por inúmeros motivos não procede o argumento de que se trata de programa federal, que pode ser extinto a qualquer tempo, razão pela qual os Municípios estariam autorizados a celebrar contratos temporários ao invés de criar cargos, vejamos:

1 - o repasse de verbas federais de saúde para os Municípios, conforme já mencionado, é obrigação constitucional e legal, portanto deve continuar enquanto não tivermos em nosso país uma nova assembléia constituinte;

2- é improvável a repentina extinção e suspensão do repasse de recursos para um programa que cresce a cada dia como forma de praticar a assistência preventiva à saúde, sendo o seu fortalecimento estratégia prioritária na atenção básica (Portaria GM/MS nº 399, de 22 de fevereiro de 2006);

3 - mesmo que o programa de saúde da família seja extinto, o Município terá de continuar prestando os serviços básicos de saúde, pois o artigo 30, inciso VII, da Constituição Federal dispõe que compete ao Município: “Prestar, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”;

4 - o Pacto pela Saúde delineado na Portaria GM/MS nº 399/2006, que tem como um dos objetivos principais a definição das responsabilidades sanitárias e de gestão entre os entes federados do SUS, classificou como uma das funções do Município “[...] assumir a gestão e executar as ações de atenção básica, incluindo as ações de promoção e proteção, no seu território”;

5 - os serviços básicos de saúde dependem, para serem prestados, dos mesmos profissionais das equipes de saúde da família, que já faziam parte dos quadros de pessoal da maioria dos Municípios, excluindo-se apenas os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias, para os quais a Constituição agora prevê regime celetista;

6 - se, apesar disso, algum dia se tornasse absolutamente necessária a demissão dos profissionais, por exemplo para observar a Lei de Responsabilidade Fiscal e o artigo 169 da CF/88, o Município poderia lançar mão da autorização para declarar a perda do cargo de servidores estáveis, respeitadas as providências prévias exigidas para tanto;

7 - o modelo de atenção básica à saúde não pode regredir e voltar a ser concentrado exclusivamente na cura de doenças, olvidando-se da prevenção, pois isso iria de encontro aos preceitos constitucionais e de direito internacional vigentes.

Não é demais lembrar que o Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos², cujo artigo 5º não admite a restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte, preconizando o princípio da proibição de retrocessos:

Com isso estabelece-se também que, em matéria de direitos humanos, não se admitem regressões, por meio de revogação normativa, ainda que efetuada por diplomas jurídicos de hierarquia superior àquele em que foram tais direitos anteriormente declarados. (COMPARATO, 2004, p. 289).

O dispositivo veda não apenas a restrição ou suspensão formal de direitos humanos fundamentais, mas também retrocessos em políticas públicas que efetivem esses direitos. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais³, por sua vez, reconheceu o direito da pessoa humana de desfrutar do nível mais elevado possível de saúde física e mental, devendo os Estados Partes adotarem as medidas necessárias para assegurar a diminuição da mortalidade infantil; a melhoria da higiene do trabalho e meio ambiente; a prevenção de doenças epidêmicas, endêmicas e profissionais; a criação de condições para assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidades (art. 12). A Lei nº 8.080/90, em seu artigo 3º, densificou o conteúdo do direito constitucional à saúde materializado no artigo 196, tornando explícito o princípio da proibição de retrocessos no Brasil mesmo antes da ratificação dos Pactos. A esse respeito assevera Weichert (2004, p. 124):

Apesar de aparentemente conter uma declaração de valor apenas semântico, esse dispositivo, ao densificar o preceito constitucional, vincula a atividade legisferante e administrativa da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, que não poderão desenvolver políticas sociais e econômicas que venham de encontro a esses interesses e, em consequência, prejudiquem

² Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 06/12/1992.

³ Também ratificados pelo Brasil através dos mesmos Decretos supramencionados.

a saúde. O direito à saúde engloba, assim, a exigibilidade de políticas econômicas e sociais que (a) não impliquem em retrocesso na sua promoção, proteção e recuperação e (b) acelerem a consecução desses fins.

Poder-se-ia indagar porque então a criação de cargos efetivos e não de empregos públicos, como autorizaram a Constituição Federal e a legislação subsequente para os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias. Primeiramente porque se a Constituição autorizou a contratação apenas dos referidos profissionais pelo regime da CLT, deixando de incluir os demais, não o fez por acaso. Da mesma maneira ocorreu com os funcionários das empresas públicas e sociedades de economia mista, artigo 173, § 1º, inciso II, da CF/88. É diretriz básica de interpretação constitucional que não se deve desconsiderar qualquer palavra utilizada, pois a Constituição não possui palavras inúteis:

O intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica. (BARROSO, 2004, p. 130).

Se a Constituição descreveu até detalhadamente o regime dos servidores públicos em seus artigos 39, 40 e 41, significa que tal regime prevalecerá quando não houver autorização para se adotar qualquer outro. Ninguém ignora o objetivo das garantias conferidas ao servidor público, que é principalmente a manutenção da impessoalidade, evitando assim a manipulação pelo gestor da ocasião em seu próprio proveito. Com propriedade assevera Melo (2003, p. 242) que diante disso e da possibilidade constitucional de existirem empregos públicos também na administração direta, conforme o artigo 51, IV, da CF/88, estes devem se limitar às atividades que apesar de desempenhadas sem as garantias do regime de cargo, não comprometeriam a impessoalidade no trato com os administrados:

Seriam, portanto, as correspondentes à prestação de serviços materiais subalternos, próprios dos serventes, motoristas, artífices, jardineiros ou mesmo mecanógrafos, digitadores etc., pois o modesto âmbito de atuação destes agentes não introduz riscos para a impessoalidade da ação do Estado em relação aos administrados caso lhes faltem as garantias inerentes ao regime de cargo.

Necessário observar que a solução para os agentes será diferente dos demais profissionais. Assim, o primeiro passo em relação a eles é levantar se foram submetidos à seleção

pública com observância dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Caso a resposta seja positiva, o Gestor Municipal certificará tal condição a fim de conceder-lhes a dispensa de novo processo.

Realizada a certificação, o Município pode dar início às nomeações dos agentes de saúde e dos agentes comunitários de saúde, além de realizar concurso público de provas e títulos para os demais profissionais. Todos os que estiverem prestando serviços *terceirizados* deverão pedir demissão das entidades da iniciativa privada na mesma data em que tomarem posse como empregados ou servidores públicos, sob pena de incorrerem na vedação ao acúmulo de cargos, empregos ou funções. Isso porque os membros de equipes de saúde da família inegavelmente exercem função pública e, embora sejam contratados por interposta pessoa, estão diretamente subordinados à Secretaria de Saúde, que é a responsável pelo pagamento de seus salários.

Somente após o término do concurso público para provimento dos cargos e respectivas nomeações é que será viável a revogação dos convênios com as entidades privadas, evitando-se dessa forma a solução de continuidade na prestação dos serviços de saúde. Nessa fase de transição nos Municípios, a grande polêmica será o pagamento ou não das verbas rescisórias trabalhistas para quem não for aprovado ou não desejar tomar posse nos cargos ou empregos públicos criados pelo Município.

Diante da ausência de concurso público, parte da jurisprudência trabalhista tem aplicado a súmula 363 do TST e se posicionado a favor da nulidade do contrato entabulado por entidades privadas para o programa saúde da família, conferindo aos reclamantes direito tão-somente ao pagamento da contraprestação pelas horas trabalhadas e dos valores referentes aos depósitos do FGTS:

ENTE PÚBLICO. PROGRAMA DE SAÚDE DA FAMÍLIA. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL POR MEIO DE CONVÊNIO COM ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA. NULIDADE. O Programa de Saúde da Família já se consolidou no conceito de atividade permanente da Administração, não havendo justificativa para a contratação temporária de profissionais para a sua implementação. Cabe à entidade municipal, como responsável pelos aspectos operacionais do Programa, observar a regra moralizadora constitucional que lhe impõe contratar pessoal mediante concurso público. No caso, tem-se que a admissão do reclamante ocorreu sem a realização de certame e sob o intermédio de associação comunitária civil, a qual apenas serviu de fachada para o Município reclamado esquivar-se do mandamento previsto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Impõe-se reconhecer, nesse contexto, que a contratação se deu diretamente com o ente público, sendo

nula de pleno direito, de modo que o autor faz jus somente aos depósitos do FGTS, à vista do que foi pleiteado, e nos moldes delineados pela Súmula 363 do TST. (TRT 13ª Região - PROC. NU.: 00239.2006.009.13.00-0 - Recurso Ordinário)

Não obstante, há decisões favoráveis ao pagamento das verbas rescisórias, considerando o vínculo do empregado apenas com a entidade privada e não com a administração pública:

ENTE PÚBLICO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ASSISTENCIAIS DE SAÚDE – PROGRAMA FAMÍLIA SAUDÁVEL – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – 1. Se o legislador constituinte permite a formalização de convênios entre o poder público e a iniciativa privada e configurado que o caso é de atividade assistencial subsidiada pela União e implementada por associação de natureza civil, fica descaracterizada a delegação de serviços públicos ou mesmo a terceirização, porque se está diante de uma situação em que o particular praticou atividades privadas em nome próprio, com incentivo da União, em que o Município de Belém se limitou em repassar a verba advinda do Governo Federal - Ministério da Saúde, para implementação do Programa Família Saudável. 2. Inaplicável a Súmula nº 331, IV, do TST por não se vislumbrar a relação trilateral (empregado, empregador e tomador de serviços), visto que as pessoas jurídicas constituídas com a finalidade, dentre outras, de desenvolver atividades relacionadas à prestação de serviços de assistência de saúde suplementar, ante a relevância pública de seu mister, visto que o bem tutelado é a saúde e a vida, devem se submeter a ingerência estatal. Inteligência dos art. 197 a 199 da Constituição Republicana e Lei 8.080/90. (TRT 8ª R. – REXRO 00847-2005-008-08-00-4 – 3ª T. – Rel. Des. Luis José de Jesus Ribeiro – J. 23.11.2005)

Em artigo que aborda a ilegalidade da *terceirização* do Programa Saúde da Família e suas repercussões trabalhistas, Dantas (2007) discorda da decisão do TRT da 8ª Região:

Diante desse quadro, entendemos que o instrumento jurídico ('convênio' ou contrato) de terceirização da execução do PSF é nulo de pleno direito, configurando manifesta ilegalidade, além de ser usado como fundamento para outra prática ilegal: contratação de mão-de-obra pelo Poder Público, por meio de entidade civil interposta, com o intuito de fraudar direitos

trabalhistas, o que é vedado pelo art. 9º da CLT.

A finalidade desta prática é, geralmente, desvirtuar, impedir e fraudar direitos trabalhistas dos empregados contratados, bem como burlar a tão temida Lei de Responsabilidade Fiscal no que diz respeito ao limite de gastos com pessoal.

Sendo assim, entendemos que nesses casos deve ser aplicado o disposto no art. 9º da CLT, declarando-se a nulidade das contratações efetivadas pelos Municípios, por intermédio das entidades civis interpostas via convênios/contratos administrativo e sem a realização de concurso público (conforme exige o art. 37, II, da Constituição Federal).

6. Conclusão

A distorcida participação privada na prestação de serviços públicos de saúde definitivamente não contribuiu com o desenvolvimento do SUS, ao contrário, abriu inúmeras possibilidades de desobediência às normas constitucionais e legais. Além de todas as implicações acima enumeradas, pulverizou a responsabilidade pela saúde entre os gestores e os presidentes e diretores das entidades filantrópicas e favoreceu o desvio de finalidade dos recursos de aplicação obrigatória na saúde para outros setores, inclusive de assistência social. De fato, muitas das entidades filantrópicas cobravam dos Municípios a destinação de funcionários contratados com o dinheiro da saúde da família para a prestação de serviços administrativos e auxiliares em escritórios, creches etc.

Não há dúvidas de que a prestação direta dos serviços somente poderá beneficiar os usuários, além de tornar mais difícil a utilização dos recursos e profissionais de saúde para a autopromoção dos governantes locais. A experiência desastrosa da *terceirização* no programa saúde da família deve se tornar exemplo para a condução do sistema como um todo, fazendo com que gestores, legisladores e aplicadores do direito não se olvidem da natureza pública essencial dos serviços de saúde.

Muitos métodos supostamente direcionados ao aprimoramento dos serviços públicos e à participação social têm surgido na história recente da democracia brasileira, porém demonstram em pouco tempo o deliberado intuito de lesar o patrimônio e o interesse público, em detrimento da impessoalidade e da eficiência na gestão. A melhor técnica para evitar que tais práticas ilícitas se prolonguem e provoquem danos irreversíveis será a definitiva compreensão da Constituição Federal como unidade, bem como da incontestável força normativa que possuem os numerosos princípios nela inseridos.

7. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORNSTEIN, Vera Joana. Concepções que integram a formação e o processo de trabalho dos agentes comunitários de saúde: uma revisão da literatura. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, n. 0203/2006. Disponível em: <http://www.abrasco.org.br/cienciasaudecoletiva/artigos/artigo_int.php?id_artigo=156>. Acesso em: 7 ago. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Adriano Mesquita. A terceirização do programa saúde da família: prática ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1399, 1º maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9825>>. Acesso em: 15 ago. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.