

CESSÃO DE SERVIDOR

ASSOCIAÇÃO HOSPITALAR - PROJETO DE LEI LEGALIDADE

PROCESSO N° : 716483/22
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : MUNICÍPIO DE JAPURÁ
INTERESSADO : ADRIANA CRISTINA POLIZER
RELATOR : CONSELHEIRO MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA

ACÓRDÃO N° 499/24 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. MUNICÍPIO DE JAPURÁ. Cessão de servidor público da área da saúde, para que exerça as funções inerentes ao seu cargo efetivo perante entidade privada sem fins lucrativos. Possibilidade. Participação complementar da iniciativa privada na saúde. Incidência do art. 199, § 1º, da Constituição Federal. Aplicação do art. 43 da Constituição Estadual. Competência do poder executivo municipal para legislar sobre regime jurídico dos servidores públicos. Medida excepcional que somente se justifica quando comprovado o inequívoco interesse público envolvido e a ausência de prejuízo. Necessidade de que a cessão seja formalizada por convênio ou outro instrumento equivalente. Exigência de prazo de vigência previamente estipulado.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de Consulta formulada pelo MUNICÍPIO DE JAPURÁ, por meio da qual questiona a legalidade do projeto de lei que autoriza o poder público municipal a ceder, com ônus para o município, servidor público municipal da área da saúde para exercer funções inerentes ao seu cargo efetivo junto a Associação Hospitalar e Maternidade Santa Terezinha, na intenção de reforçar as equipes de tratamento e atendimento aos pacientes da cidade.

A petição inicial foi instruída com parecer jurídico (peça 04) elaborado pelo advogado do município que conclui pela legalidade do projeto de lei.

Os autos foram encaminhados a Coordenadoria de Gestão Municipal (CGM) que apresentou a Instrução n. 3104/23, acostada à peça 15, dispondo, em síntese, que esta Corte já possui entendimento consolidado quanto a possibilidade de cessão de servidores municipais para entes da administração direta e indireta quando presentes os seguintes requisitos: i) existência de lei autorizativa; ii) interesse público na realização da cessão; iii) regulamentação por meio de ato administrativo e iv) caráter temporário, com prazo certo e determinado.

Sustenta que a Constituição Federal no §1º, do art. 199, preceitua a possibilidade de as instituições privadas atuarem de forma complementar no sistema único de saúde (SUS).

Dispõe que no âmbito federal a cessão de servidores é regulamentada pela Lei n. 8.112/1990 e pelo art. 158, inciso III, da Lei n. 6174/70, bem como que a Constituição Estadual, em seu art. 43, expressa sobre a vedação da cessão de servidores públicos da administração direta ou indireta do Estado à empresas ou entidades privadas, salvo quando a cessionária for entidade sem fins lucrativos. Diante disso, conclui pela possibilidade de cessão de servidores municipais, desde que presentes os requisitos, razão pela qual opina que a consulta seja respondida nos seguintes termos:

É possível a cessão com ônus para o município de servidor público municipal da área da saúde para exercer funções inerentes ao seu cargo efetivo junto à Entidade Privada sem fins desde que preenchidas as seguintes exigências: 1) motivação expressa que demonstre o interesse público e a ausência de prejuízo; 2) formalização mediante celebração de convênio ou outro instrumento equivalente, que regulamente o ato de cooperação; 3) caráter temporário, com prazo certo e definido, previsto no respectivo instrumento de colaboração; 4) observância à legislação local;"

Ato contínuo, o Ministério Público de Contas acostou o Parecer n. 276/23 (peça 16), elaborado pela Procuradora-Geral Valéria Borba, afirmando que a título excepcional, quando houver lei específica, é possível a cessão com ônus para o município de servidor público municipal da área da saúde, com a finalidade de exercer funções inerentes ao seu cargo efetivo junto à entidade privada sem fins lucrativos, desde que presentes os requisitos elencados no Acórdão n. 1582/22 - TP, quais sejam: "i) motivação expressa que demonstre o interesse público e a ausência de prejuízo; ii) formalização mediante celebração de convênio ou outro instrumento equivalente, que regulamente o ato de cooperação; iii) caráter temporário, com prazo certo e definido, previsto no respectivo instrumento de colaboração; iv) observância à legislação local".

Diante disso, propôs que a consulta seja respondida da seguinte forma:

É possível, em caráter excepcional, a cessão com ônus para o município de servidor público municipal da área da saúde para exercer funções inerentes ao seu cargo efetivo junto à entidade privada sem fins lucrativos, desde que observados os requisitos dispostos no Acórdão nº 1582/22-STP.

Vieram os autos conclusos para análise.

É o relatório.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Compulsando os autos, verifica-se que a controvérsia reside na legalidade de projeto de lei que autoriza a cessão de servidor público municipal da área da saúde para associação privada sem fins lucrativos.

Como se sabe, a cessão de servidor é ato temporário em que um determinado órgão cede a outra esfera de governo ou órgão servidor vinculado ao seu quadro

para prestar serviço, visando a colaboração entre as administrações e o interesse da coletividade.¹

Em regra, o servidor deve prestar serviço ao órgão a que está vinculado, caracterizando a cessão de servidores como medida absolutamente excepcional, que deve estar fundada na consecução do interesse público.

Sobre o tema, no Acórdão n. 1582/22 este Tribunal de Contas consolidou o entendimento de que: “a cessão de servidor público municipal pode ocorrer no superior interesse da Administração Pública direta e indireta, entre as unidades do próprio Município e outros entes municipais, estaduais ou federais, da Administração direta ou indireta e será lícita, se preenchidas as seguintes exigências: 1) motivação expressa que demonstre o interesse público e a ausência de prejuízo; 2) formalização mediante celebração de convênio ou outro instrumento equivalente, que regulamente o ato de cooperação; 3) caráter temporário, com prazo certo e definido, previsto no respectivo instrumento de colaboração; 4) observância à legislação local.”

Com relação a cessão de servidor público municipal para associação privada sem fins lucrativos, cabe mencionar que parte da doutrina considera tal permissão incompatível com os princípios constitucionais. Neste sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Acresce que a possibilidade aberta pela lei de que servidores públicos sejam, como é claro a todas as luzes, cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberra dos mais comezinhos princípios de Direito. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, e não entidades particulares. Destarte, pretender impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.²

Diante disso, a autorização legal de cessão de servidores às organizações sociais, entidades privadas sem fins lucrativos, foi um dos objetos da ADI N. 1923/DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores contra dispositivos das Leis n. 9.637/98 e n. 9.648/98. Porém, a ação foi julgada parcialmente procedente pelo Supremo Tribunal Federal apenas para conferir aos dispositivos impugnados interpretação conforme, autorizando a cessão de bens, serviços e pessoal da Administração Pública para o setor privado prestador de serviço público, consoante se observa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI N° 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI N° 9.648/98,

1 OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Servidor Público: Remoção, Cessão, Enquadramento e redistribuição. Belo Horizonte, Fórum, 2003, p. 87-90. Apud PARECER REFERENCIAL n. 00001/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU. Disponível em: https://repositório.cgu.gov.br/bitstream/1/66920/4/Parecer_Referencial_001_2021_CONJUR_CGU_CGU_AGU.pdf.

2 Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 246. Apud. Gofman, Bruno e Garcia da Costa, Ilton. A Constitucionalidade da cessão de servidores públicos às organizações sociais. Disponível em: [file://profiles/usersprofiles\\$/TC524751/Downloads/1207-1-4356-1-10-20170127.pdf](file://profiles/usersprofiles$/TC524751/Downloads/1207-1-4356-1-10-20170127.pdf).

AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEGUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS. (...) 5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública. 6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem

que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação. (...)” (ADI 1.923, Relator: AYRES BRITTO, Redator do acórdão LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 17.12.2015) (g.n)

No âmbito do Estado do Paraná, o legislador estadual preceituou no art. 43 da Constituição Estadual que: “Art. 43. É vedada a cessão de servidores públicos da administração direta ou indireta do Estado a empresas ou entidades privadas, salvo, na forma da lei, quando a cessionária for entidade privada sem fins lucrativos”.

Consigne-se que a Constituição Federal consagrou a saúde como serviço público social, tendo em vista que, ao mesmo tempo que menciona, em seu art. 196, que a sua prestação é dever do Estado, autoriza expressamente, em seu art. 199, que a sua execução seja livre à iniciativa privada, sem necessidade de delegação pelo Poder Público, ressaltando que tais serviços preferencialmente seriam prestados por entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. Destaco:

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. 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.

Ocorre que a mera autorização de que a saúde também seja prestada por particular não desonera o Estado do seu dever de prestá-la diretamente, pois consoante leciona Celso Antônio Bandeira de Mello³: “a Constituição prescreve que a saúde é ‘dever do Estado’ e nos arts. 205, 206 e 208 configura a educação e o ensino como deveres do Estado, circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação” (MELLO, 2015, p. 242).

Sendo assim, sempre que possível os serviços de saúde devem ser prestados pelo Estado de forma direta.

Todavia, não se desconhece as dificuldades vivenciadas pelos administradores públicos municipais, em especial os que comandam municípios de pequeno porte, para ofertar de forma adequada assistência à saúde em seu território. Visto que a falta de interesse dos profissionais da saúde na realização de concursos públicos e processos seletivos, bem como a ausência de recursos para a realização de obras e aquisição de materiais e bens permanentes necessários para a prestação dos serviços, são alguns dos obstáculos usualmente enfrentados.⁴

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed., rev. e atual. até a Emenda constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

4 Coutinho Ferreira Giroto, Maira. Noções Gerais sobre a Participação da Iniciativa Privada no SUS. Caderno da Escola Paulista de Contas Públicas. 2 sem 202. fl 05. Disponível em: [file://profiles/usersprofiles\\$/TC524751/Downloads/126-13-353-1-10-20201202.pdf](file://profiles/usersprofiles$/TC524751/Downloads/126-13-353-1-10-20201202.pdf)

Tal conjuntura propiciou um incremento dos contratos de parceria celebrados entre o poder público e a iniciativa privada, com a finalidade de promover a assistência à saúde. Porém, esta situação não deve ser utilizada pelo administrador público como desculpa para transferir integralmente a prestação dos serviços públicos de saúde a iniciativa privada, ainda que a entidade não possua finalidade lucrativa.

Aliás, é preciso destacar que as parcerias celebradas com a iniciativa privada para a prestação da atividade fim da administração pública devem ocorrer em caráter excepcional e exclusivamente complementar.

Neste contexto, bem como considerando que compete ao Poder Executivo legislar sobre o regime jurídico dos seus servidores, não constato óbice na elaboração de lei municipal para regulamentar a cessão de servidor público municipal da área da saúde para prestar serviços perante entidade privada sem fins lucrativos.

Contudo, a legislação deve especificar que a cessão de servidor público para entidade privada possui caráter excepcionalíssimo e deve estar fundada inequivocamente no interesse público.

Ademais, nos termos do consignado pela CGM na Instrução n. 3104/23 e pela Procuradora-Geral no Parecer n. 276/23, é imprescindível que restem preenchidas as seguintes exigências: i) motivação expressa que demonstre o interesse público e a ausência de prejuízo; ii) formalização mediante celebração de convênio ou outro instrumento equivalente, que regulamente o ato de cooperação; iii) caráter temporário, com prazo certo e definido, previsto no respectivo instrumento de colaboração; iv) observância à legislação local.

Por todo o exposto, nos termos do consignado pela CGM e pelo Ministério Público, concluo pela possibilidade de cessão de servidores públicos da área da saúde as entidades privadas sem fins lucrativos, para exercer funções inerentes ao seu cargo efetivo, em caráter excepcional, desde que reste comprovada a presença dos seguintes requisitos: i) motivação expressa que demonstre o interesse público e a ausência de prejuízo; ii) formalização mediante celebração de convênio ou outro instrumento equivalente, que regulamente o ato de cooperação; iii) caráter temporário, com prazo certo e definido, previsto no respectivo instrumento de colaboração; iv) observância à legislação local.

2.1 VOTO

Nos termos da fundamentação, VOTO no sentido de responder à consulta nos seguintes termos:

É possível, em caráter excepcional, a cessão de servidor público municipal da área da saúde, com ônus para o município, para exercer funções inerentes ao seu cargo efetivo junto à entidade privada sem fins lucrativos, desde que presentes os seguintes requisitos: i) motivação expressa que demonstre o interesse público

e a ausência de prejuízo; ii) formalização mediante celebração de convênio ou outro instrumento equivalente, que regulamente o ato de cooperação; iii) caráter temporário, com prazo certo e definido, previsto no respectivo instrumento de colaboração; iv) observância à legislação local.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA, por unanimidade, em responder à consulta nos seguintes termos:

I - é possível, em caráter excepcional, a cessão de servidor público municipal da área da saúde, com ônus para o município, para exercer funções inerentes ao seu cargo efetivo junto à entidade privada sem fins lucrativos, desde que presentes os seguintes requisitos: i) motivação expressa que demonstre o interesse público e a ausência de prejuízo; ii) formalização mediante celebração de convênio ou outro instrumento equivalente, que regulamente o ato de cooperação; iii) caráter temporário, com prazo certo e definido, previsto no respectivo instrumento de colaboração; iv) observância à legislação local.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, FABIO DE SOUZA CAMARGO, IVENS ZSCHOERPER LINHARES, MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA e AUGUSTINHO ZUCCHI.

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 29 de fevereiro de 2024 – Sessão Ordinária Virtual nº 3.

MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente