

PROCESSO n°: 1095479

NATUREZA: Consulta

CONSULENTE: Henrique Luiz da Mota Scofield

PROCEDÊNCIA: Prefeitura do Município de Itambacuri

RELATOR: Conselheiro Wanderley Ávila

1 RELATÓRIO

Trata-se de consulta encaminhada pelo Sr. Henrique Luiz da Mota Scofield, Prefeito do Município de Itambacuri por meio da qual foi elaborado o seguinte questionamento acerca do advento da Lei n. 13.429/2017:

“é possível a terceirização da atividade de **regulação médica** no âmbito dos Consórcios públicos de saúde que mantém o SAMU”. (sic)

Em virtude do disposto no art. 210-C do Regimento Interno desta Corte, a Consulta foi encaminhada para a Unidade Técnica elaborar relatório sobre a questão suscitada.

Em síntese, é o relatório.

2 ANÁLISE

O Consulente de forma indaga sobre a possibilidade de se terceirizar a atividade de regulação médica pelos Consórcios Públicos responsáveis pelo SAMU, no contexto da Lei n. 13.429/2017.

A Lei n. 13.429/2017 alterou dispositivos da Lei n. 6.019/1974, que dispõe acerca do trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

No entanto, antes de se adentrar no surgimento da supracitada lei, faz-se primordial tecer alguns prolegômenos e comentários acerca do serviço público de saúde, os consórcios e o termo regulação médica na conjuntura da saúde pública.

- **Regulação Médica**

De acordo com o Manual de Regulação Médica das Urgências¹, elaborado pelo Ministério da Saúde em 2006, o termo regulação médica diz respeito à:

Regulação de todos os fluxos de pacientes vítimas de agravos urgentes à saúde, do local onde ocorreram até os diferentes serviços da rede regionalizada e hierarquizada, bem como dos fluxos entre os serviços existentes no âmbito municipal e regional.

Nesse contexto, o médico regulador seria conceituado como:

“Profissional que, com base nas informações colhidas dos usuários que acionam a Central de Regulação Médica, é responsável pelo gerenciamento, definição e operacionalização dos meios disponíveis e necessários para responder às solicitações, utilizando-se de protocolos técnicos e da faculdade de arbitrar sobre equipamentos de saúde do sistema necessários ao adequado atendimento do paciente”.

Portanto, entende-se que o Consulente busca resposta quanto à possibilidade de os consórcios intermunicipais de saúde responsáveis pela manutenção do SAMU realizarem a terceirização dos serviços de regulação de fluxos de pacientes e serviços de urgência médica.

- **Consórcios Públicos**

O Ministério da Saúde² conceitua a figura do consórcio público da seguinte forma:

Consórcio público pode ser definido como um modelo administrativo de atuação interfederativa do Poder Público, previsto no art. 241 da Constituição Federal e regulamentado pela Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para favorecer e instrumentalizar a negociação, a articulação, a coordenação e a implementação cooperada de políticas públicas de responsabilidade compartilhada dos entes federados, de forma a possibilitar a otimização de recursos e de esforços na implementação de projetos e atividades de interesse comum.

Em 1990, com o surgimento da Lei n. 8.080 que dispõe acerca do SUS, o legislador previu a possibilidade de os municípios se unirem na forma consórcios para atuação conjunta na área da saúde, conforme se destaca abaixo:

art. 10 da Lei n. 8080/1990 (SUS) dispõe:

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

¹ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Especializada. Regulação médica das urgências / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Especializada. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2006.

² <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/janeiro/25/11.Consorcios-Publicos-Intermunicipais-set2016.pdf>

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

Em 1998, com o texto da Emenda Complementar (EC) n. 19, o art. 241 da CR/88 passou a adotar a seguinte redação:

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 os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

No entanto, apenas em 2005, com o surgimento da Lei n. 11.107 a prática dos consórcios foi, de fato, normatizada de modo que, em todo o período da lacuna legislativa, os municípios se consorciaram de modos distintos.

Por conseguinte, existem três formas de consórcio intermunicipal na área de saúde: os consórcios administrativos, anteriores à regulamentação e atualmente vedados pela Lei n. 11.107, os consórcios públicos de direito público (associações públicas) e os consórcios públicos de direito privado (associações civis sem fins econômicos).

Na cartilha do Ministério da Saúde, acerca dos consórcios, constam as seguintes informações acerca dos consórcios administrativos:

Os consórcios administrativos são **entidades civis sem fins lucrativos** instituídas por dois ou mais entes federativos mediante a observância exclusiva dos ritos do **Código Civil**. Normalmente, os consórcios administrativos têm o formato de **associações civis de entes federativos, regidas pelo direito privado**. Há casos de consórcios administrativos que não têm personalidade jurídica, constituindo-se como meros pactos de colaboração. No Sistema Único de Saúde, há vários consórcios administrativos, criados antes da vigência da Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107, de 2005), não tendo sido por ela atingidos. **São entidades privadas de apoio aos municípios e não integram as suas administrações indiretas. Não podem realizar atividades próprias da administração pública municipal ou estadual, especialmente aquelas que exigirem o uso de poderes privativos de estado, tais como atividades de regulação e fiscalização.** Levantamento realizado pelo Ministério da Saúde realizado em 20143, identificou que, aproximadamente, 67% dos 190 consórcios públicos atualmente em funcionamento no âmbito do Sistema Único de Saúde foram organizados antes da promulgação da Lei Federal nº 11.107, de 2005, como “consórcios administrativos” - ou seja, entidades civis sem fins lucrativos, com substrato associativo, alguns deles, inclusive, sem previsão legal específica dos entes federados que o constituíram

Os consórcios administrativos, portanto, são meros prestadores de serviço, não detendo o condão de promover a terceirização de serviços públicos.

Por outro lado, os consórcios pós publicação da Lei n. 11.107/2005 se revestem de características distintas, possuindo mais poderes e competências em algumas situações:

A Lei nº 11.107, de 2005, ao disciplinar a constituição de consórcios públicos, introduziu no ordenamento jurídico nacional a figura jurídica **da associação pública**, na qualidade de autarquia interfederativa; específica para atuar no âmbito de reações consorciadas e **integralmente regida pelo Direito Público**. A lei previu, ainda, a possibilidade de os entes federativos criarem pessoa jurídica pública de direito privado sem fins lucrativos – portanto, uma **associação ou fundação pública** - regido por um **regime público mitigado** por regras de direito privado, e também integrante da administração indireta dos entes instituidores. O Decreto nº 6.017, de 2007, que regulamentou a mencionada lei, em seu art. 41, previu que os consórcios constituídos em desacordo com a lei poderiam ser transformados em consórcios públicos de direito público ou privado, desde que atendidos os requisitos de celebração de protocolo de intenções e de sua ratificação por lei de cada ente consorciado.

Dessa forma, tanto os consórcios de direito público (associações públicas) como os consórcios públicos de direito privado (associações civis ou fundações públicas) são regidos por normas de direito público. No caso do primeiro, integralmente, e no subsequente, parcialmente.

Além disso, o Ministério da Saúde elucida acerca da autonomia dos consórcios da seguinte forma:

Para cumprimento de suas finalidades, o consórcio público pode firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas. **Por se dotado de autonomia administrativa, o consórcio tem autonomia para gerenciar e otimizar seus recursos humanos, financeiros e materiais.** Pode adquirir bens móveis e imóveis que entender necessários para a ampla realização das finalidades do consórcio, por meio de recursos próprios ou decorrentes de rateio de investimento de seus consorciados, os quais integrarão o seu patrimônio bem como recebe-los em doação; assim como equipamentos, insumos e produtos, drogas, medicamentos, necessários à realização e serviços de saúde população pertencente aos municípios de abrangência deste consórcio.

Dessarte, considerando as informações acima, pode-se concluir que os consórcios públicos regidos pela Lei n. 11.107/2005 são competentes para buscar cumprir suas finalidades, cabendo-lhes decidir acerca da otimização dos recursos humanos envolvidos na atuação do serviço de saúde.

- **Terceirização do serviço de saúde**

Este Tribunal de Contas, na Consulta n. 732.243, sob relatoria do então Conselheiro Eduardo Carone Costa, em 1º de agosto de 2007 dispôs acerca do serviço de saúde nos seguintes termos:

O direito à saúde, consagrado no texto da Carta Constitucional de 1988, apresenta-se como direito social de caráter universal e, ao lado da previdência e da assistência social, forma o tripé do sistema nacional de seguridade social. Consoante fixado no art. 196 da CR/88, o oferecimento desse direito à sociedade é dever do Estado, o qual deve garanti-lo por intermédio de 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.

No tocante à sua forma de prestação, determina o art. 197 da Carta Magna que cabe 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. Contudo, **em que pese a saúde ser livre à iniciativa privada, assegura-se a participação às instituições particulares desde que seja de forma complementar do Sistema Único de Saúde - SUS, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos**, nos moldes indicados no art. 199, § 1º, da CR/88. Portanto, verifica-se que compete à entidade governamental ofertar, por meios próprios, os serviços públicos de saúde, podendo contar com o apoio da iniciativa privada somente com o fito de complementar os serviços oferecidos pelo SUS, mediante a formalização do instrumento jurídico pertinente.

[...] No que cinge à participação complementar, estabelece o art. 24 do citado diploma normativo que o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, sendo que a participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.[...]Do exposto, é possível averiguar que somente as entidades que oferecem a promoção gratuita da saúde podem atuar em regime de colaboração com o Poder Público, nos moldes estabelecidos pela lei de regência. Obtido o título, a instituição privada poderá firmar Termo de Parceria com o ente público, **porém é inadmissível a formalização de vínculo com o propósito de transferir para a iniciativa privada o que é dever do Estado, pois, conforme assentado alhures, o particular pode atuar na prestação de serviços de saúde em caráter complementar, ou seja, quando as disponibilidades do SUS forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de determinada área**. Destarte, constata-se que os serviços de saúde, nos termos entabulados no art. 197 c/c § 1º do art. 199, ambos da Constituição de 1988, podem ser assumidos diretamente pelo Poder Público ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, sendo que as instituições privadas participam de forma complementar do Sistema Único de Saúde, observadas as disposições previstas na Lei Federal nº 8.080/90. Nos termos da legislação, é juridicamente possível que o Poder Público celebre contratos ou convênios com entidades privadas, de forma suplementar, para atender os programas na área de saúde, respeitado, contudo, o cumprimento

do princípio da universalidade da competição, em razão do princípio da isonomia.

Convém, todavia, salientar o entendimento desta eg. Corte de Contas referente à **transferência de serviços de utilidade pública para terceiros**, conforme posicionamento adotado no processo de Consulta nº 657.277, Sessão de 20/03/02, sob a relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Murta Lages. Sobre o tema, restou consignado no voto do Ilustre Relator: “Quanto à terceirização, entendo que as atividades a serem desempenhadas pelos profissionais contratados para o Programa Saúde da Família referem-se à atividade-fim do município, só podendo ser desempenhadas por servidor ou empregado público de carreira. **Além disso, já foi decidido por esta Corte de Contas, em consultas anteriores, que a terceirização só é lícita quando envolve, apenas, serviços ligados à atividade-meio, tais como: vigilância, limpeza, conservação, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicação, instalação e manutenção de prédios públicos.**”

A terceirização no âmbito público é matéria de contornos complexos, notadamente nos serviços médicos.

Em 2012, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais emitiu parecer³ pela impossibilidade de o Município de Contagem terceirizar o serviço de condução das ambulâncias do SAMU. Na ocasião o MPMG entendeu que apesar de ser atividade-meio, no município havia quadro de motoristas composto por servidores efetivos, o que inviabilizaria a terceirização:

A contratação terceirizada tem como um de seus impeditivos a existência de cargos permanentes no quadro funcional do Órgão ou Entidade, cujas atribuições seja exatamente as de exercer estas atividades. A diretriz constitucional recomendada é a da exigência de concurso público, que poderia ser burlada, caso a administração optasse pela contratação externa do serviço. No caso concreto do município de Contagem, afronta os princípios constitucionais e administrativos a coexistência de terceirizados na condução de serviços do SAMU e motoristas efetivos no quadro da administração pública. A situação se agrava quando confrontado a maior remuneração paga para esses servidores terceirizados, para as mesmas funções, em relação aos efetivos, cujo quadro funcional não foi extinto, na forma da lei. [...] A terceirização da atividade meio de transporte na área da saúde é possível, conforme reconhecimento pelo TCE-MG, desde que para essas funções não contasse a administração pública com quadro funcional de servidores efetivos para o exercício dessas mesmas funções.

No que tange à atividade-fim, a regra dominante, até então, é pela impossibilidade de terceirização. Nesse sentido, o Sindicato dos Médicos do Estado Paraná⁴ publicou em seu sítio

³ file:///D:/Users/padiao/Downloads/PT%20004-2012-SAMU.pdf

⁴ <https://simepar.org.br/noticias/trt-proibe-terceirizacao-por-consorcio-intermunicipal-de-saude-em-acao-movida-pelo-simepar/>

eletrônico, em novembro de 2020, notícia envolvendo a proibição da prática de terceirização da mão de obra médica pelo TRT-PR:

O Tribunal Regional do Trabalho do Paraná (TRT-PR) proibiu o Consórcio Intermunicipal da Rede de Urgências do Sudoeste (CIRUSPAR) a terceirizar mão de obra médica, em ofensa a regra do concurso público, precarizando as relações de trabalho nos serviços de urgência.

A Ação Civil Pública foi movida pelo Sindicato dos Médicos no Estado do Paraná (SIMEPAR) após frustradas as negociações para cessar a terceirização. Na decisão, que contou com parecer favorável do MPT, o Desembargador do Trabalho, Dr. Paulo Ricardo Pozzolo esclareceu que a terceirização em questão caracteriza-se como verdadeira fraude mediante substituição do concurso público pela contratação de médicos que integram pessoas jurídicas credenciadas e contratadas pelo Consórcio, para a realizar a mesma atividade de médicos antes concursados. O Consórcio terá o prazo de um ano para corrigir a ilegalidade.

A Dra. Claudia Paola Carrasco Aguilar, diretora do Sindicato, esclareceu que a decisão representa uma vitória do Sindicato dos Médicos que tem, há muito, lutado contra a precarização das relações de trabalho mediante terceirizações ilícitas e pelotização dos serviços médicos.

No mesmo sentido, o TCEMG, por meio da Denúncia n. 969.142, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio, em 03/11/2020, entendeu que a contratação de médicos por meio de licitação, terceirizando o serviço, não seria a melhor opção, eis que essa modalidade de participação privada apenas serve para complementar a estrutura já existente no município. Na decisão, a regra seguiu sendo a contratação por meio de concurso público:

DENÚNCIA. CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO. REJEITADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PREJUDICADA. MÉRITO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS POR MEIO DE PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS. IRREGULARIDADE DA MODALIDADE LICITATÓRIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO. 1. Constatado que o interessado não foi citado nos autos, resta prejudicada a ilegitimidade de parte suscitada. 2. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988. 3. A contratação de médicos por meio de licitação não é a melhor opção, uma vez que os serviços de saúde podem ser terceirizados somente para complementar a estrutura já existente no Município. 4. É inadequada a realização de Pregão Presencial nos editais que preveem contratação de serviços relacionados à atividade privativa dos profissionais da saúde, caracterizando-os como serviços técnicos especializados, na definição do artigo 13 da Lei n. 8.666/93, não se enquadrando, pois, como “serviços comuns”, nos termos do art. 2º da Lei n. 10.520/2002. 5. **A regra é a admissão de pessoal pelo poder público mediante concurso público, sendo que as contratações por prazo determinado, por serem uma exceção, devem receber tratamento restritivo.**

Por outro lado, no bojo da Representação n. 944552, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, o TCEMG entendeu que a terceirização da atividade-meio seria possível naquele caso concreto:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL FARMACÊUTICO PARA GESTÃO DE ESTOQUE E DISTRIBUIÇÃO DE INSUMOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À REGRA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE FIM. IMPROCEDÊNCIA. Não há ocorrência de violação legal na contratação de profissional farmacêutico por meio de terceirização no caso examinado nos autos, porquanto **demonstrado não se tratar da prestação de serviços farmacêuticos em sua essência, mas, tão somente, do exercício de atividade-meio, qual seja, a gestão de estoque e distribuição de insumos farmacêuticos**, em atendimento à Resolução editada pelo Conselho Federal de Farmácia

Percebe-se, assim, que a terceirização é medida de caráter excepcional, sendo permitida, essencialmente, nas atividades-meio, em situações temporárias de caráter urgente e devendo ser interpretada de forma restritiva.

Cabe ressaltar, contudo, que a partir de 2017 uma mudança de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal veio alterar a forma com que a terceirização estava sendo tratada até aquele momento:

No dia 30/8/18, o STF julgou a ADPF 324 e o recurso extraordinário em repercussão geral 958252, que versavam sobre a possibilidade de terceirização em todas as atividades da empresa. Por maioria de 7 votos contra 4 contrários, **o Tribunal julgou que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, sejam elas em atividades-meio ou fim**. Nesse sentido, a modificação realizada pela reforma trabalhista passa a ser reconhecida pelo STF, cuja decisão tem efeito vinculante para todo o Poder Judiciário.

O resultado surgiu no contexto da Lei n. 13.429/2017 e da Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467/17.

- **Lei n. 13.429/2017**

A Lei n. 13.429/2017 altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

Acerca do tema, o TCEMG fixou prejudgamentos de tese, com caráter normativo, Consulta n. 10246771, no sentido de que:

1) as normas da Lei n. 6.019/74 referentes ao contrato de trabalho temporário se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista, mas **não se aplicam à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, para as quais o art. 37, IX, da CR/88 estabeleceu regime jurídico específico**; 2) as normas da Lei n. 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam à administração direta, às autarquias e fundações públicas no que concerne às atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, **estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal**; 3) as normas da Lei n. 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista regidas pelo art. 173 da CR/88, salvo quando os serviços demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes as dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários. (grifo nosso).

Na Consulta n. 10246771, este Tribunal foi questionado sobre a extensão de aplicação da Lei n. 6.019/1974, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017; bem como sobre as atividades passíveis de terceirização, *in verbis*:

A Lei nº 13.429/17 modificou a definição de trabalho temporário, conceituando-o como sendo “aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à **necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços**” (art. 2º). Manteve, portanto, os requisitos de necessidade de **suprimento transitório** de pessoal permanente ou de **demandas complementares** de serviços, esta última por ser “oriunda de fatores imprevisíveis” ou ter “natureza intermitente, periódica ou sazonal”. Explicitou a figura da empresa de trabalho temporário, “responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente” (art. 2º, § 2º) e **estabeleceu, ainda, expressamente, que o trabalho temporário poderia ter por objeto a atividade meio ou fim da tomadora de serviços (art. 9º, § 3º).**

Já a Lei nº 13.467/17 – que não consta expressamente na consulta, mas efetivamente nos interessa para adequada resposta ao consulente – alterou a mesma Lei nº 6.019/74 para definir a prestação de serviços a terceiros, conceituada como “a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução” (art. 4º-A). **Essa modalidade de terceirização independe dos requisitos do trabalho temporário e abrangeria, inclusive, a atividade fim da contratante, que está definida na lei como “a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com**

empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal” (art. 5º-A). Depois da publicação de referidos diplomas legais e antes mesmo da plena entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, o Pretório Excelso reconheceu a incompatibilidade da Súmula nº 331 do TST com a Constituição da República e fixou a tese da constitucionalidade da terceirização da própria atividade fim das empresas. Essas decisões foram proferidas no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 324 e do Recurso Extraordinário - RE nº 958252, cujos votos e acórdãos já foram inclusive parcialmente disponibilizados. A aplicabilidade desse entendimento às relações trabalhistas envolvendo a Administração Pública não foi objeto de definição pelo STF naquela oportunidade. Nada obstante, na sequência desses julgamentos, e da aprovação das Leis nos 13.429/17 e 13.467/17, o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 9.507/18, para regulamentar o disposto no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 e disposições da Lei nº 8.666/93, revogando o Decreto nº 2.271/97. Nos termos desse novo diploma regulamentar, que trata da “execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”, **a terceirização não mais se pauta pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”.** O escopo de possibilidade da terceirização é definido de forma residual, sendo esta vedada em determinadas e distintas situações, conforme se trate de aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, ou de aplicação no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. Tal distinção se justifica na medida em que, caso o Estado, ao qual é facultado a exploração direta de atividade econômica “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, decida por fazê-lo através da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, ele deve submeter-se aos ditames do mercado e de sua concorrência e, portanto, salvo expressas exceções, às regulações próprias do direito privado. (...) Assim, dentro do novo cenário legal, que configura, aliás, desenvolvimento de um fenômeno de descentralização e desconcentração que vem de longa data, **observa-se que, para a administração direta, autárquica e fundacional, é possível a terceirização de todas as atividades que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império.** Para essas, segue prevalecendo a regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição da República. Dentro dessas diretrizes, o art. 3º do Decreto nº 9.507/18 detalhou as atribuições incompatíveis com a execução indireta no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, quais sejam: I) que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; II) que sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; III) que estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; IV) que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. Poderão, contudo, ser terceirizadas as atividades “auxiliares, instrumentais ou acessórias” referentes a tais serviços, ressalvados os referentes a serviços de fiscalização e poder de polícia e vedada a

“transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado” (art. 3º, §§ 1º e 2º).

Considerando o teor da Consulta n. 10246771, entende-se que os consórcios públicos que adotam a forma de associação pública sendo regidos integralmente pelas normas de direito público não se submeteriam às normas da Lei n. 6.019/74 alterada pela Lei n. 13.429/2017. Dessa forma, prevaleceria a regra do concurso público e da atividade-fim.

Os consórcios públicos de direito privado ainda são regidos parcialmente pelas normas de direito público e integram os entes federados consorciados, portanto não se submeteriam às regras da Lei n. 6.019/74.

No entanto, **de forma excepcional**, entende-se que mesmo para a administração direta, autárquica e fundacional, é possível a terceirização das atividades “auxiliares, instrumentais ou acessórias”, ressalvados os referentes a serviços de fiscalização e poder de polícia e vedada a “transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado” (art. 3º, §§ 1º e 2º).

De mais a mais, reiterando parte da decisão desta Casa, o art. 3º do Decreto nº 9.507/18 detalhou as atribuições incompatíveis com a terceirização no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, quais sejam:

- I) que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;
- II) que sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;
- III) que estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção;
- IV) que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Isto posto, a atividade de regulação médica não é atividade simplória que possa ser prestado por qualquer pessoa. Inclusive, a Portaria n. 2.657, de 16 de dezembro de 2004, do Ministério da

Saúde elucida demonstra que al serviço tem potencial de decisivo de determinar o sucesso ou o fracasso do próprio SUS, sendo um **serviço estratégico para a área da saúde pública**:

Quando tomamos a regulação das necessidades imediatas como referência, estamos considerando o seu **potencial organizador sobre o funcionamento geral do sistema** e sua visibilidade junto aos usuários como **marcadoras de sucesso ou fracasso do SUS**.

A Regulação Médica das Urgências, operacionalizada através das Centrais de Regulação Médica de Urgências, é um processo de trabalho através do qual se garante **escuta permanente pelo Médico Regulador, com acolhimento de todos os pedidos de socorro que acorrem à central e o estabelecimento de uma estimativa inicial do grau da urgência de cada caso**, desencadeando a resposta mais adequada e equânime a cada solicitação, monitorando continuamente a estimativa inicial do grau de urgência até a finalização do caso e assegurando a disponibilidade dos meios necessários para a efetivação da resposta definitiva, de acordo com grades de serviços previamente pactuadas, pautadas nos preceitos de regionalização e hierarquização do sistema.

É importante lembrar que, a fim de garantir resposta efetiva às especificidades das demandas de urgência, as grades de referência devem ser suficientemente detalhadas, levando em conta quantidades, tipos e horários dos procedimentos ofertados, bem como a especialidade de cada serviço, com este todo organizado em redes e linhas de atenção, com a devida hierarquização, para fins de estabelecermos a identidade entre as necessidades dos pacientes atendidos pelo SAMU-192 e a oferta da atenção necessária em cada momento. As grades de atenção deverão mostrar, a cada instante, a condição de capacidade instalada do sistema regionalizado e suas circunstâncias momentâneas.

As Centrais SAMU-192, de abrangência municipal, micro ou macrorregional, devem prever acesso a usuários, por intermédio do **número público gratuito** nacional 192, exclusivo para as urgências médicas, bem como aos profissionais de saúde, em qualquer nível do sistema, funcionando como importante “porta de entrada” do sistema de saúde. Esta porta de entrada necessita, portanto, de “portas de saída” qualificadas e organizadas, que também devem estar pactuadas e acessíveis, por meio das demais centrais do complexo regulador da atenção, garantindo acesso à rede básica de saúde, à rede de serviços especializados (consultas médicas, exames subsidiários e procedimentos terapêuticos), à rede hospitalar (internações em leitos gerais, especializados, de terapia intensiva e outros), assistência e transporte social e outras que se façam necessárias.

Esse tipo de atividade, portanto, não pode ser submetido ao intuito lucrativo de uma empresa terceirizada. A saúde, afinal, cabe ao Poder Público, cabendo ao particular apenas o que for complementar.

O SAMU é uma atividade estratégica para o SUS e terceirizar a regulação médica seria demasiadamente arriscado para a estabilidade da saúde pública no geral.

Portanto, por todo o exposto, entende-se que **não é possível a terceirização do serviço de regulação médica, mesmo com o advento da Lei n.13.429/2017**, em virtude da sua natureza e das incompatibilidades previstas nos incisos I e II do art. 3º do Decreto n. 9.507/18.

3 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, esta Unidade Técnica apresenta posicionamento no seguinte sentido:

1. os consórcios públicos que adotam a forma de associação pública sendo regidos integralmente pelas normas de direito público não se submeteriam às normas da Lei n. 6.019/74 alterada pela Lei n. 13.429/2017. Dessa forma, prevaleceria a regra do concurso público e da atividade-fim;

2. os consórcios públicos de direito privado ainda são regidos parcialmente pelas normas de direito público e integram os entes federados consorciados, portanto não se submeteriam às regras da Lei n. 6.019/74.

3. **de forma excepcional**, entende-se que mesmo para a administração direta, autárquica e fundacional, é possível a terceirização das atividades “auxiliares, instrumentais ou acessórias”, ressalvados os referentes a serviços de fiscalização e poder de polícia e vedada a “transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado” (art. 3º, §§ 1º e 2º);

4. Portanto, por todo o exposto, entende-se que **não é possível a terceirização do serviço de regulação médica, mesmo com o advento da Lei n.13.429/2017**, em virtude de sua natureza e das incompatibilidades previstas nos incisos I e II do art. 3º do Decreto n. 9.507/18.

Ressalta-se, por fim, que outros aspectos não abordados neste relatório podem ser considerados em sede de caso concreto ou nova consulta.

À consideração superior.

29 de junho de 2021.

Gabriela de Moura e Castro Guerra
Analista de Controle Externo
TC 3247-3



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

