

PARECER Nº : 122/CT/2007

Excelentíssimo Senhor Conselheiro:

O processo em estudo refere-se a consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Planalto da Serra, Sr. Dênio Peixoto Ribeiro, que indaga **a uma** sobre a possibilidade do Município ceder o gabinete da unidade de saúde municipal, além de cadeira, refletor e pia, para que profissional da área odontológica preste serviços de manutenção nos aparelhos ortodônticos de municípes, e **a duas** se as ferramentas e material necessário ao atendimento devem ser custeados por esse profissional.

Verifica-se que não foram juntados documentos aos autos.

É o relatório.

Observa-se que os requisitos de admissibilidade da presente consulta não foram preenchidos em sua totalidade, pois apesar do consulente ser autoridade legítima para formular questionamento a esta Corte de Contas, a indagação posta não foi apresentada em tese, contrariando os termos do artigo 48, *caput* da Lei Complementar nº 269/2007.

Considerando o relevante interesse público, no entanto, com base no disposto no parágrafo único do citado artigo, sugere-se seja respondida a pergunta abaixo, para fins de formação de prejudgado de tese.

- Como deve ser feita a prestação de serviços odontológicos, especialmente na área da ortodontia, nos Municípios?

Como é sabido, nos artigos 196 e 198 da Constituição Federal de 1988 foram registradas as diretrizes dos serviços na área de saúde, a serem executados no Brasil, senão vejamos:

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

garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, **devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e,**

também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 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.

(...)

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.**

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

(...)

(grifos nossos)

No âmbito infraconstitucional, por sua vez, a Política Nacional Brasileira de Saúde foi regulamentada na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, prevendo como objetivos do Sistema Único de Saúde, além de outros, a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Dessa forma, compete ao Poder Público realizar ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. E a realização, conforme determina o legislador constituinte, deve ocorrer por meio de execução direta, ou de terceiros, ou ainda por pessoa física ou jurídica de direito privado. Para compreensão dessa norma, vejamos os esclarecimentos do doutrinador José Afonso da Silva, expostos na obra “Comentário Contextual à Constituição”, 3ª edição, 2006, p. 769:

2. EXECUÇÃO DAS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE. Não há dificuldade, porque essa execução pode ser feita pela administração direta – ou seja, Ministério da Saúde e Secretarias de Saúde Estaduais e Municipais – ou “através de terceiros e, também, por pessoas físicas e jurídicas de direito privado.” Que significa “terceiros”, no caso? Em direito administrativo, quando se diz que um serviço pode ser prestado ou executado pela Administração ou por terceiros, “terceiros” significa pessoa privada a que se delega a prestação ou execução do serviço. Mas a cláusula sob exame distingue entre terceiros e pessoas físicas e jurídicas de direito privado. O “e, também,” é signo composto que indica separação entre o antecedente e o conseqüente, e o faz mediante adição

reforçada, “e” com “também”. Então, **“terceiros” só pode referir-se a entidades públicas ou paraestatais autônomas, de tal sorte que a compreensão do texto fica: a execução das ações e serviços de saúde pode ser feita pela Administração direta (Ministério etc.), por entidades da Administração indireta e outros serviços autônomos a que seja delegada e, também, por pessoas físicas e jurídicas de direito privado.**

(grifos nossos)

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, no Curso de Direito Administrativo, 14ª edição, 2002, ps. 614 a 616, leciona que a Constituição Federal de 1988 prevê quatro formas de prestação de serviços públicos, apontando-as. Sua lição é importante para conhecer como o ordenamento jurídico constitucional admite a execução de serviços públicos no Brasil, nele incluindo os de saúde. Em síntese, portanto, os serviços públicos dividem-se em:

- a) **serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado**, que são o serviço postal e de correio aéreo nacional;
- b) **serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros**, que referem-se aos serviços de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão), conforme disposto no artigo 223 da Lei Maior;
- c) **serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade**, orientando que há cinco espécies de serviços que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão, que são: 1) educação; **2) saúde**; 3) previdência social; 4) assistência social; e 5) radiodifusão sonora e de sons e imagens.
- d) **serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que**

outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros, que são todos os demais serviços públicos, inclusive os relacionados no artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

O instrumento do contrato de concessão tem como suas principais características o fato do concessionário prestar serviços por sua conta e risco; as condições contratuais são fixadas e alteradas unilateralmente pelo Poder Público, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e a remuneração pela exploração do serviço, em geral, é custeada pelas tarifas cobradas diretamente do usuários.

Destaca-se que, dentre os serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade, conforme exposto anteriormente, inserem-se os serviços públicos na área da saúde. Esses serviços são considerados públicos apenas quando prestados pelo Estado, pois quando prestados por particulares são considerados privados, conseqüentemente não são objeto de permissão e concessão, conforme atestam os esclarecimentos desse doutrinador, expostos à p. 627:

47. A primeira delas é a de que certas atividades, como já foi exposto (ns. 17 a 20), a própria Carta Constitucional definiu como serviços públicos: *alguns deles em todos e qualquer caso e outros deles apenas quando prestados pelo Estado.*

Estes últimos, de conseguinte, *não serão serviços públicos quando desempenhados pelos particulares*, uma vez que a Carta Magna *não limitou* a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Segue-se que **o Estado jamais poderia pretender outorgá-los em concessão a alguém, sob pena de ferir os direitos de prestá-los que assistem às demais pessoas que preencham os requisitos legais necessários à comprovação de suas habilitações.**

(grifos nossos)

Mais adiante, à p. 640 reafirma:

12. Só há concessão de serviço público quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e como privativo do Poder Público.¹¹

(...)

11. **Por isto não caberia cogitar de outorga de concessão a alguém para que preste serviços de saúde ou de educação, já que nem uma nem outra destas atividades se constituem em serviços privativos do Estado.** *Quando desempenhadas por ele*, submetem-se ao regime próprio dos serviços públicos, mas, consoante dantes deixou-se registrado (Capítulo XIII, n.19), seu desempenho é “livre” para os particulares, na forma do disposto, respectivamente, nos arts. 199 e 209 da CF.

(grifos nossos)

Do exposto, conclui-se que não é possível falar em execução de ações e serviços na área da saúde por meio de permissão ou concessão, nos termos do disposto no artigo 173 da Constituição Federal, regulamentado na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, porque a ação ou serviço de saúde prestado por particular não é considerado serviço público, mas privado.

Quanto ao instrumento que dá suporte à participação complementar, conforme disposto no artigo 24, parágrafo único da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, em regra, será o “contrato” ou “convênio”, o que não prejudica disposições normativas específicas.

Outro foco desse estudo diz respeito à extensão das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, que deve ser a mais ampla possível, considerando que a Lei Maior determinou no artigo 198,

atendimento integral, o que foi reafirmado nos artigos 5º e 6º da Lei nº 8.080/1990, o que inclui a área da saúde denominada por ortodontia.

É sabido que as questões odontológicas de saúde devem ser tratadas nos Centros de Especialidades Odontológicas (CEO), que são as unidades de saúde destinadas ao atendimento odontológico especializado no âmbito do Sistema Único de Saúde, autorizadas a realizar, no mínimo, as seguintes atividades: diagnóstico bucal, com ênfase no diagnóstico e detecção do câncer bucal; periodontia especializada; cirurgia oral menor dos tecidos moles e duros; endodontia; e atendimento a portadores de necessidades especiais.

Segundo as instruções do Ministério da Saúde existem três tipos de CEO, divididas conforme sua capacidade física de atendimento em CEO Tipo 1 (com três cadeiras), CEO Tipo 2 (com quatro a seis cadeiras) ou CEO Tipo 3 (com sete ou mais cadeiras).

A implantação desses Centros deve ser aprovada pela Comissão Intergestora Bipartite – CIB e o Ministério da Saúde, que os credenciam por meio de ato normativo específico (Portarias). Essa proposta de credenciamento deve conter: a) identificação do Município ou Estado pleiteante e unidade de saúde, com cópia do CNES-Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde; b) descrição dos serviços que serão ofertados; c) demonstração da coerência com o Plano Diretor de Regionalização; d) identificação da área de abrangência do CEO, indicando, a população coberta; e) documento atestando que a unidade atende aos requisitos (de atividades, equipamentos e materiais, outros recursos e recursos humanos) estabelecidos no Anexo I, da Portaria GM/MS nº 599, de 23 de março de 2006.

Além das especialidades mínimas e dos equipamentos, materiais, profissionais e carga horária, cada CEO deve seguir a padronização visual da unidade nos itens obrigatórios do Manual de Inserção de logotipo disponibilizado na internet no endereço www.saude.gov.br.

gov.br/bucal.

O ente público interessado em formalizar a implantação de CEOs em sua localidade deve atentar para a legislação prevista no site do Ministério da Saúde, especialmente para: Portaria GM/MS nº 599 e GM/MS nº 600, ambas de 23 de março de 2006; Portaria GM/MS nº 1.572, de 29 de julho de 2004; Portaria SAS/MS nº 562, de 30 de setembro de 2004; Portaria SAS/MS nº 566, de 6 de outubro de 2004; Portaria GM/MS nº 283, de 22 de fevereiro de 2005.

Com base principalmente nos princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência, previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, toda a política de saúde bucal a ser implantada pelo ente municipal deve estar contemplada em lei, visar ao atendimento da população necessitada de tratamento odontológico, em ambiente adequado, com os materiais necessários e operacionalizada por profissionais competentes e legitimados ao exercício das atividades odontológicas.

Dessa forma, entende-se pela impossibilidade de profissionais particulares, (odontólogos sem vínculo legítimo com a Administração Pública, ou seja, que não tenham sido admitidos mediante concurso público ou contrato temporário), nos termos da lei, prestarem serviços na área de ortodontia para clientela fechada, que o remunera, fazendo uso de espaço físico e materiais custeados com recursos públicos, sobretudo porque haveria flagrante ofensa aos princípios da impessoalidade e legalidade.

Por outro lado, considerando as questões orçamentárias, se o Município constatar que não há necessidade de implantar um CEO, o Tribunal de Contas já decidiu, em sede de consulta, o seguinte:

Acórdão nº 1.639/2005. Saúde. Tratamento fora do município. Possibilidade de fornecimento de passagens, observando-se as regras do TFD.

Compete ao Estado adotar as medidas necessárias para

garantir o direito do cidadão à saúde, previsto na Constituição. Ao conceder as passagens para pacientes com tratamento fora do domicílio, o administrador público deve aplicar as regras procedimentais do Programa TFD – Tratamento Fora do Domicílio definidas pelo Município em consonância com as diretrizes do Ministério da Saúde. Deverão ser observadas as normas de licitações para aquisição de passagens e combustíveis, bem como, as regras contábeis/fiscais da Lei nº 4.320/1964 e da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em resposta à indagação proposta nesta consulta, reafirma-se que ao Município compete realizar ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, de forma integral. Assim, no contexto de política pública municipal de saúde bucal, devidamente prevista em lei, são legítimas despesas com bens móveis e imóveis, bens de consumo e salários de profissionais na área odontológica, desde que visem ao atendimento dos munícipes, o pagamento de servidores concursados ou contratados temporariamente, previstos em lei municipal, e em harmonia com a política nacional de saúde, no Brasil.

Além disso, também é legal o pagamento de serviços de atividade-meio, na área de saúde, terceirizados, desde que não configure terceirização da atividade como um todo ou ainda terceirização de mão-de-obra finalística dos quadros de carreira da Administração Pública.

O que não se admite, frisa-se, é que o Poder Público disponibilize estrutura física e material públicos a profissional particular, para que este atenda à sua clientela fechada, que o remunera, o que constituiria flagrante desrespeito ao princípio da impessoalidade.

De todo o exposto nestes autos, caso o Tribunal Pleno acompanhe o entendimento desta Consultoria Técnica, sugere-se a publicação do seguinte verbete:

Acórdão nº. ____/2007. Saúde. Prestação de serviços públicos na área da saúde. Custeio de serviços odontológicos. Possibilidade com base nas diretrizes do

Sistema Unico de Saúde.

A execução de serviços na área da saúde deve ser feita pela Administração Direta, Indireta e particulares, por meio dos instrumentos do contrato, convênio e outros previstos em legislação específica. Esses serviços devem estar à disposição de todos (universalidade) e a necessidade de cada beneficiado será considerada no critério de sua escolha. Não é admissível a outorga de permissão e concessão de serviços na área da saúde. Compete ao Município adotar as medidas necessárias para garantir ao cidadão o atendimento integral na área da saúde, conforme previsto na Constituição Federal de 1988. A política de saúde bucal municipal deve estar contemplada em lei. Com base nos princípios administrativos, em especial o da economicidade, o gestor municipal deve decidir entre a implantação de um Centro de Especialidades Odontológicas ou o fornecimento de transporte para atendimento dos munícipes que necessitem de tratamento. Se optar pela implantação de um CEO, deverá arcar com o custo dos materiais utilizados nos atendimentos (bens móveis e imóveis), sem prejuízo das parcerias legais com a iniciativa privada a fim de obtê-los, bem como contratar com profissionais competentes, devidamente selecionados por meio de concurso público ou processo simplificado, no caso de contratação temporária, se essa for cabível e nos termos da lei municipal. É possível a terceirização das atividades-meio relacionadas à prestação dos serviços odontológicos, conforme a conveniência e oportunidade eleita pela Administração Pública. Não é lícito ao Poder Público disponibilizar estrutura física e material públicos a profissional odontólogo particular, para que este atenda à sua clientela fechada, que o remunera, o que constituiria flagrante

desrespeito ao princípio da impessoalidade.

É o parecer que *S.M.J.* se submete à apreciação superior.

Cuiabá-MT, 11 de setembro de 2007.

Beísa Corbelino Biancardini Mühl
Técnico Instrutivo e de Controle

Narda Consuelo Vitória Neiva Silva
Consultora de Estudos, Normas e Avaliação

Risodalva Beata de Castro
Secretária-Chefe