



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC- 4729/09

CONSULTA formulada pela FAMUP, acerca da possibilidade de efetivação dos Agentes Comunitários de Saúde – Conhecimento. Resposta nos termos do presente Parecer.

Publicado no D. O. E.

Em, 11/09/09

PARECER PN-TC - 0033 /2009

Secretaria do Tribunal Pleno

RELATÓRIO:

Versam os presentes autos sobre Consulta formulada pela Federação das Associações de Municípios da Paraíba - FAMUP, através do seu Presidente e Prefeito do Município de Picuí, Srº Rubens Germano Costa, acerca da possibilidade de efetivação dos Agentes Comunitários de Saúde, especificamente, solicitando os seguintes esclarecimentos:

1. a validade do procedimento, como processo seletivo legítimo para os agentes comunitários de saúde, à sombra da legislação de regência;
2. se, em assim sendo, o Município de Picuí está apto, à luz da aludida seleção, a proceder à efetivação dos servidores selecionados nos respectivos cargos;
3. se procedimento idêntico pode ser orientado pela FAMUP no âmbito dos demais municípios do Estado.

A presente consulta foi submetida à Consultoria Jurídica deste TCE, cujo parecer, de fls. 06/07, informou que a mesma não preenche os requisitos de admissibilidade exigidos no art. 3º, da RN TC nº 02/05, no entanto, propôs que o expediente fosse respondido administrativamente, encaminhando-se ao consulente cópia do Parecer Normativo-PN-TC-03/07¹, mudando-se o que deve ser mudado, aplicando-se à hipótese consultada.

O Presidente do TCE, Conselheiro Antônio Nominando Diniz Filho determinou o encaminhamento da consulta à DIAFI para subsidiar o trabalho daquela Auditoria.

Manifestação da Auditoria de controle de atos de pessoal, às fls. 69/89, fundamentada em levantamento técnico-jurídico, sugerindo nova resposta, diversa à contida no referido PN.

Pronunciamento do MPJTCE às fls. 93/96, pugnando pelo conhecimento da consulta e resposta nos termos do relatório da DIGEP, retificando-se, entretanto, um dos itens das justificativas ali emanadas.

Considerando a possibilidade da revogação de Parecer Normativo formalizado por ocasião da análise da outra consulta acerca da mesma matéria, que teve como Relator o Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira, o processo foi distribuído a este gabinete em 17/06/09.

VOTO DO RELATOR:

1. Das considerações iniciais.

Preliminarmente, há de se ressaltar o estudo minudente realizado pela douta Auditoria sobre o assunto, cuja abordagem apresentou precisão cirúrgica, ressaltando, apenas, o entendimento diverso do Órgão Ministerial, acompanhado por este relator, quanto à vinculação ao Regime Jurídico Único para as novas admissões.

2. Da Emenda Constitucional 51/2006.

Cabe esclarecer que a profissão de agente comunitário de saúde (ACS), reconhecida pela Lei Federal nº 10.507/02, surgiu em decorrência do desenvolvimento de ações preventivas no âmbito do Sistema Único de Saúde. Contudo, à época, o legislador foi omissivo no que tange ao modo de celebração de vínculo com a Administração Pública, que, na prática, se materializava de forma precária ora através de contratos administrativos, ora por intermédio de OSCIPs, ora por cooperativas. Em face da indefinição descrita, os ACS permaneciam à margem dos direitos trabalhistas constitucionalmente assegurados.

¹ PROC-TC-6731/06 – Consulta da Prefeitura Municipal de Picuí acerca de efetivação dos Agentes Comunitários de Saúde daquele município.

Na esteira do sobredito, manifestação do Senador Rodolpho Taurino, através do Parecer 101/2006 no bojo do processo da Emenda nº 51/2006:

"O principal problema da categoria, entretanto, é o fato de os agentes comunitários de saúde não terem, em sua maioria, qualquer vínculo formal que lhes permita o usufruto de direitos trabalhistas e previdenciários.

As formas encontradas para a remuneração do trabalho dos agentes têm sido precárias e insatisfatórias, sendo a mais freqüente a de contratos temporários de prestação de serviços, firmados entre as secretarias municipais de saúde e as associações de agentes, financiados, na maior parte das vezes, com recursos repassados pelo Ministério da Saúde, por meio de convênios."

Na tentativa de regularizar a situação declinada, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº 51/06, que inseriu os § 4º, 5º e 6º ao art. 198, da CF, nos seguintes termos:

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:

§ 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 mesma Emenda, em seu art. 2º, assim dispõe:

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.

Parágrafo único. Os profissionais que, na data de promulgação desta Emenda e a qualquer título, desempenharem as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias, na forma da lei, ficam dispensados de se submeter ao processo seletivo público a que se refere o § 4º do art. 198 da Constituição Federal, desde que tenham sido contratados a partir de anterior processo de Seleção Pública efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação.

A partir deste ponto, passo a divagar, utilizando-me dos princípios da hermenêutica reconhecidos pela melhor doutrina, acerca das possíveis dúvidas atinentes aos preceptivos constitucionais.

3. Da forma de admissão dos agentes comunitários de saúde, após a Emenda nº 51/2006.

Inicialmente, chama atenção o disposto no § 4º supra, posto que a dicção do citado postulado nos remete à discricionariedade do gestor local que pode (faculdade!) promover a admissão de agentes de saúde e agentes de combate de endemias mediante processo seletivo público, sem excluir a possibilidade de seleção através de concurso público. Todavia, entendo caber alguns comentários acerca da interpretação ofertada.

No que tange ao § 5º do art. 198, por ser norma de eficácia limitada, reclamava a edição de Lei Federal para conferir-lhe plenos efeitos. Sendo assim, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 297/2006, convertida, posteriormente, na Lei Federal nº 11.350/06, regulamentando as atividades dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, bem como instituindo o regime jurídico, aos quais esses estariam vinculados.

A Lei Federal nº 11.350/06, que revogou a Lei nº 10.507/02, no inciso I, art. 6º, assim proclama:

Art. 6º O Agente Comunitário de Saúde deverá preencher os seguintes requisitos para o exercício da atividade:

I - residir na área da comunidade em que atuar, desde a data da publicação do edital do processo seletivo público;

Ante o acima disposto, depreende-se que os Agentes Comunitários de Saúde, dentre outros requisitos, devem residir na comunidade de sua atuação.

Já o § único, do art. 10 da retrocitada norma dispõe:

Art. 10. A administração pública somente poderá rescindir unilateralmente o contrato do Agente Comunitário de Saúde ou do Agente de Combate às Endemias, de acordo com o regime jurídico de trabalho adotado, na ocorrência de uma das seguintes hipóteses:

Parágrafo único. No caso do Agente Comunitário de Saúde, o contrato também poderá ser rescindido unilateralmente na hipótese de não-atendimento ao disposto no inciso I do art. 6º, ou em função de apresentação de declaração falsa de residência.

A interpretação combinada dos dispositivos da Lei nº 11.350/2006, é fácil fazer a seguinte ilação: não se admite a possibilidade, para esses agentes de saúde, da investidura em cargo ou emprego público quando os mesmos não residirem nas respectivas comunidades de atuação.

O Agente Comunitário de Saúde é o elo de ligação entre a comunidade e as equipes que compõe o Programa de Saúde da Família, bem como, entre aquelas e os demais serviços de saúde. O seu mister é de todo imprescindível à consecução dos objetivos finalísticos da saúde pública, conforme diretrizes do Ministério da Saúde. Esse intentando, ao meu ver de forma acertada, rompe com as barreiras existentes ao acesso pleno aos serviços de saúde por parte da comunidade, mormente a mais carente, definiu que os citados agentes deveriam ser parte integrante da localidade, posto que, assim, guardariam identidade com a população local partilhando cultura, linguagem, problemas e interesses.

Para adequar essa necessidade à realidade jurídica, deveria ser superado o seguinte impedimento: o acesso aos cargos e empregos públicos, permitido a todos os brasileiros natos ou naturalizados, conforme previsto no II, art 37, da CF, dá-se mediante aprovação em Concurso Público de provas ou de provas e títulos, sendo vedada qualquer possibilidade de discriminação abusiva, que desrespeite o princípio da igualdade, por flagrante inconstitucionalidade.

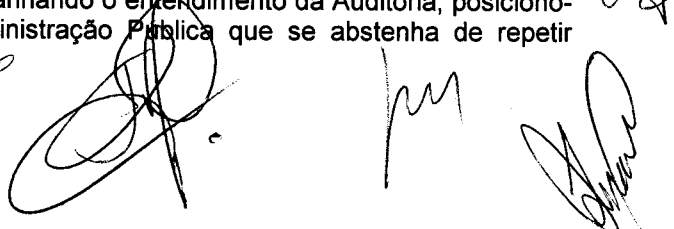
Apesar de a Constituição prever exceções para o ingresso no serviço público de forma diversa ao Concurso Público, quais sejam, as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como, a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, os citados agentes não estariam por elas albergados.

Ao Concurso Público não se pode opor óbice que restrinja a participação de quaisquer interessados em concorrer ao ingresso no serviço público. Diante da referida afirmação, entendo que o instituto precitado não poderia ser acolhido como forma de seleção, em face da necessidade se estabelecer obrigatoriedade de residência em determinada localidade, fato que, *per si*, atenta contra o princípio da isonomia.

Para atender as Diretrizes da Saúde e salvaguardar esses agentes, que transitavam à margem da legalidade, o Legislador, utilizando-se Poder constituinte derivado, através da Emenda Constitucional 51/06, acrescentou ao art. 198 os § 4º, 5º e 6º. No que atine ao § 4º, abriu-se à possibilidade de admissão mediante processo seletivo público. Ante a estreita compreensão deste Relator, entendo que o processo seletivo público não se caracteriza como faculdade, e, sim, como uma imposição, na medida em que o Concurso Público resta prejudicado para permitir o ingresso de tais agentes públicos.

O processo seletivo público aqui tratado, visando atender aos princípios constitucionais supracitados, deverá observar as mesmas exigências em relação às peças que comporão o processo a ser remetido a esta corte de contas, constante no art. 3º da RN TC 103/98 (ou outra que venha a substituí-la), referentes a processos de admissão de concurso público, com as adaptações necessárias.

Contudo, para os Municípios que, para a seleção de tais agentes, fizeram uso do Concurso Público, sendo esta a única irregularidade constatada, acompanhando o entendimento da Auditoria, posiciono-me pela convalidação dos atos, advertindo à Administração Pública que se abstenha de repetir idêntica forma de preenchimento de vagas futuras.



4. Da submissão a regime jurídico.

Segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Melo:

“Cargo público são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressas por um agente, prevista em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoa jurídica de Direito Público e criadas por lei(...).

Os servidores titulares de cargos públicos submetem-se a um regime especificamente concebido para reger esta categoria de agentes. Tal regime é o estatutário ou institucional; (...).

Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista(...).”

Ante os ensinamentos do ilustre administrativista, é necessária uma breve análise sobre alguns dispositivos da Lei nº 11.350/2006.

Em seu art. 8º, a citada Lei, estabelece que os citados agentes “submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa”. Interpretando o presente preceptivo, que dá eficácia plena ao § 5º, art. 198, da Constituição Federal, conclui-se que seria possível a submissão dos ACS ao regime jurídico estatutário, desde que lei local assim dispusesse.

O art. 14 da referida norma legal informa que o gestor local do SUS responsável pela contratação dos profissionais de que trata esta Lei disporá sobre a criação dos empregos públicos e demais aspectos inerentes à atividade, observadas as especificidades locais. A redação do postulado, reforçando a determinação do art. 8º, dá azo ao gestor local, que no uso seu poder discricionário, em optar pelo regime jurídico, que melhor lhe convém, celetista ou estatutário, ao qual os agentes em apreço serão submetidos, quando permite a criação de empregos públicos no âmbito local.

Já o art. 16 “veda a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável.” A inteligência do dispositivo depreende-se que a contratação é essencialmente de caráter perene, com ressalvas específicas.

Inobstante a faculdade da escolha do regime jurídico, por meio de lei, por parte do gestor, há de se fazer algumas ressalvas quanto à adequação dos ACS ao regime estatutário, a saber.

É cediço que o servidor investido em cargo público de provimento efetivo, mediante aprovação em Concurso Público, após três anos de exercício adquire estabilidade no serviço público e as hipóteses de perda do cargo encontram-se elencadas nos incisos I, II e III, § 1º, art. 41, da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Em que se pese a possibilidade à submissão dos ACS ao regime jurídico estatutário, a estabilidade no serviço público, para esses, adquirida no transcurso temporal descrito, diversamente dos demais ocupantes de cargos públicos, não seria admitida na forma plena do art. 41, da CF. Explico: Enquanto os ocupantes de cargos de provimento efetivo, após a aquisição da estabilidade, apenas, poderiam perder o cargo conforme incisos do § 1º do art. 41, da CF, os ACS, em face da Lei 11.350/2006, em seu art. 10, § único, poderão ter rescindidas, unilateralmente, as relações contratuais quando deixarem de residir na comunidade de atuação.

Há de ressaltar que a Lei nº 11.350/06 trata, em seu art. 10, § único, de rescisão unilateral de contrato. Diante da letra normativa, em tese, poderia se entender que o Legislador conferiu esta faculdade ao gestor quando se verificar a relação de trabalho estabelecida sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, não se aplicando aos agentes regidos estatutariamente.

Sob esta ótica, em tese, a estabilidade dos ACS, quando submetidos ao regime jurídico estatutário, operaria à semelhança dos demais ocupantes de cargo de provimento efetivo.

De outro prisma, contrariando o informado no parágrafo acima, o § 6º, do art. 198, da CF, inserido pela Emenda Constitucional 51/06, informa que ambos os agentes, aqui tratados, poderão perder o **cargo** em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei (nº 11.350/2006), para o seu exercício.

Considerando que norma constitucional se sobrepõe à lei ordinária, é possível concluir que, tanto os ACS quanto os ACE, mesmo regidos pelo regime estatutário, ao final do período do estágio probatório, não gozam de estabilidade plena, nos termos do art. 41 da CF, com os demais ocupantes de cargos públicos.

O Corpo Técnico, em seu primoroso trabalho, considerando a decisão proferida pelo STF, através de Medida Cautelar, ADI MC 2.135/DF, em 02/08/2007 (com ressalva dos efeitos *ex nunc*), restabelecendo o regime jurídico único e suspendendo a alteração provocada pela EC 19/98, devido à ocorrência de vício formal em sua elaboração, entendeu impossível a contração dos agentes através da CLT.

Unicamente nesse aspecto, o MPJTCE manifestou-se de forma diversa a Auditoria, entendendo que é próprio da natureza das Medidas Cautelares gerarem efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos emenda declarada suspensa, como informado no corpo da decisão do Excelso Pretório. Em sendo assim, a legislação que regulamenta as atividades dos ACSs e ACEs, Lei nº 11.350/2006, que é anterior a cautelar, continuaria com suporte constitucional de validade e pode ser aplicada.

Continuando, o *parquet*, sabiamente, informou que, "em julgamento de mérito, o art. 39, da Constituição Federal, com redação dada pela EC 19/98, venha a ser declarado inconstitucional com efeitos desde a origem (*ex tunc*), a base constitucional do art. 8º da Lei nº 11.350/2006 ainda subsistirá, porquanto consignada especificamente no § 5º, do art. 198, da Carta da República, incluídos pela EC 51/2006."

Outrossim, corroborando com o formulado acima, não se pode olvidar que no texto da Lei nº 11.350/06, nos artigos 8º, 9º, 10, 14, 15, 16, 17, 18 e 19, há expressa referência a termos como **contratos, contratações e Consolidação das Leis do Trabalho**, enquanto apenas os artigos 10, 14 e 17, mencionam a terminologia de **cargos públicos**, os quais se submetem ao regime jurídico estatutário. Com base no exposto, segundo esta constatação, a intenção do legislador seria, fundamentalmente, a adoção do regime celetista.

Nesse sentido, coloco-me em estreita comunhão com Órgão Ministerial. Destarte, entendo que o regime jurídico a ser adotado, a exemplo do consubstanciado na Lei, deve ser o estabelecido na CLT, e, excepcionalmente, o estatutário, quando assim dispor lei local.

Por fim, apesar de implícito, é imperioso destacar que aos Entes da Federação, no âmbito de sua autonomia administrativa, é vedada a adoção simultânea de mais de um regime jurídico, para admissão desses agentes, ou seja, a opção pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho exclui aplicabilidade do regime Estatutário e vice-versa, para os fins suscitados.

5. Dos profissionais em exercício nas atividades antes da Emenda nº 51/2006.

Os profissionais que antes da Emenda nº 51/2006 desempenhavam as atividades descritas, segundo o § único do art. 2º da propalada emenda, bem como § único, do art. 9º, da Lei nº 11.350/06, serão dispensados de se submeterem ao processo seletivo público, desde que tenham sido aprovados em processo de seleção pública anterior efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação. No caso em tela, a comprovação de processo seletivo anterior deve atender, no mínimo, as exigências contidas na Resolução CIB/E-PB nº 033/99, quais sejam:

- I. Divulgação (editais, resultados e convocações);
- II. Inscrição;
- III. Organização da prova;
- IV. Aplicação da prova;
- V. Classificação e publicação dos resultados;
- VI. Convocação.

