

PROCESSO : 12.022-7/2007

INTERESSADO: VALTENIR LUIZ PEREIRA

ASSUNTO : REQUERIMENTO

RELATOR : CONS. JOSÉ CARLOS NOVELLI

PARECER Nº 2.223/2008

Versa o presente processo do requerimento formulado pelo Deputado Federal, Sr. Valternir Luiz Pereira, pleiteando, em suma, que esse Colendo Tribunal de Contas instaure procedimento administrativo para:

a) expedir instrução normativa orientando as Prefeituras Municipais de Mato Grosso a certificar que os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias desses municípios sejam submetidos a regular processo seletivo, bem como editar ato formal declarando que os mesmos se encontram efetivos no serviço público, passando a servidores de carreira;

b) sejam os Prefeitos Municipais orientados a enviar Projetos de Lei, de iniciativa do Executivo, para a Câmara Municipal criando na estrutura organizacional da Administração Pública do Município os cargos de provimento efetivo de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, adotando regime jurídico estatutário, a fim de tornar eficaz a Emenda Constitucional nº 51/06 (parágrafo único, do artigo 2º) e a Lei nº 11.350/2006 (parágrafo único, do artigo 9º), regularizando a situação funcional desses agentes;

c) sejam intimados os Prefeitos Municipais e os Secretários Municipais de Saúde para prestarem as informações necessárias, sob pena de crime de responsabilidade;

d) seja requisitada dos Secretários Municipais de Saúde a relação de todos os Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias que foram dispensados a partir de 14/02/2006, bem como as razões do

rompimento do vínculo;

e) sejam adotadas as providências importantes e necessárias ao exato cumprimento da lei para, assim, garantir aos Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias que se submeterem ao processo seletivo e foram dispensados a partir de 14/02/2006 o imediato retorno às respectivas funções.

Encaminhado o presente processo à Consultoria Técnica dessa Egrégia Corte, setor esse responsável pela elaboração de pareceres sobre consultas e assuntos congêneres, esta manifestou, as fls. 27/28 TC, que o Tribunal de Contas já formou prejudgado, através do Acórdão nº 1.590/2007, onde orienta os jurisdicionados quanto a interpretação da Emenda Constitucional nº 051/2006 e Lei Federal nº 11.350/06.

Sugere ainda, diante da complexidade da matéria, a formação de uma Comissão de Estudos multidisciplinar para analisar o presente caso e elaborar parecer conclusivo.

Comparece aos autos, fls. 31/32 TC, o Interessado em epígrafe se colocando a disposição para integrar a referida comissão suso citada, podendo assim contribuir na elaboração do referido parecer, fazendo-se juntar nestes autos cópia da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4 do Supremo Tribunal Federal que suspendeu, de forma cautelar, a aplicabilidade do *caput* do artigo 39, da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional nº 19 de 04/06/1998, a qual instituiu a regime jurídico misto, ou seja, além do estatutário agora o celetista, para a Administração Pública em Geral.

A Assessoria Jurídica dessa Casa (Procuradoria Consultiva), através do Parecer 238/08 (fls. 39/43 TC), onde sugere uma série de medidas a serem adotadas por essa Corte.

A Consultoria Técnica elaborou, as fls. 50 *usque* 61 TC, parecer, propondo a essa Corte o seguinte:

- a) Admite-se o enquadramento dos Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias em contratos temporários, por cautela e prudência, haja vista a decisão liminar proferida na ADI 2135-4, pelo Supremo Tribunal Federal, publicada em 14/08/2007, até sua decisão final;
- b) Os Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias que estavam na data de publicação dessa Emenda, desempenhando as funções regulamentadas para essa categoria, submetidos à seleção pública que atenderam aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade,

publicidade e eficiência, **devidamente certificada** pela Administração Pública devem continuar desempenhando suas atribuições na forma em que se estabeleceu o vínculo com o Poder Público (se foi criado cargo ou emprego públicos, esses permanecem como estão);

c) Os Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias, que estavam na data de publicação da Emenda Constitucional nº 51/2006, desempenhando as funções regulamentadas para essas categorias, submetidos à seleção pública **ainda não certificada** pela Administração devem continuar desempenhando suas atribuições por meio de contratos temporários desde que: 1) a seleção pública realizada seja certificada (para isso, exige-se a observação dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; 2) haja lei municipal regulamentando a contratação temporária no âmbito municipal, com base na autonomia administrativa municipal e o disposto no art. 37, inciso IX da Constituição Federal;

d) As **futuras contratações** de Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias, que seriam feitas para ocupar empregos públicos nos termos da Lei nº 11.350/2006, por sua vez, considerando que estão com seu fundamento de validade constitucional suspenso, por força da liminar concedida na ADI 2135-4, havendo necessidade devidamente justificada, devem ser feitas em contratos temporários e nos termos do disposto no art. 198, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição Federal c/c Lei nº 11.350/2006;

e) Os empregos públicos criados para Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias, **após 14/08/2007**, data em que foi publicada a decisão liminar exarada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 2135-4, no Diário Oficial da União e Diário da Justiça são inconstitucionais.

Posto isso, vem os autos a esta Procuradoria de Justiça junto ao Tribunal de Contas para emissão de parecer como *custus legis*.

Antes de adentrarmos no mérito, necessário e imperioso se fazer uma breve retrospectiva legal e fática que norteiam a presente matéria.

Desde o ano de 1990, com a edição dos Estatutos dos Servidores Públicos, seja a nível Federal (Lei nº 8.112), Estadual (Lei Complementar nº 04) e Municipal, na parte atinente à regulamentação do inciso IX, do artigo 37, da Constituição da República, disciplinou a contratação temporária por excepcional interesse público.

Então, a partir da edição de tais normas, os Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias eram contratados desta forma,

ou seja, através de contratos temporários.

Isto é um fato.

Já a partir do ano de 1998, com a edição da Emenda Constitucional nº 19, que instituiu a Reforma Administrativa, permitindo o regime jurídico misto, tais agentes começaram a ser contratados via regime CLT, garantindo-lhes todos os direitos trabalhistas, recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, recolhimento previdenciário etc.

A Emenda Constitucional nº 51/2006, bem como a Lei Federal nº 11.350/2006, vieram para disciplinar essa forma de contratação dos Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias, ou seja, via CLT.

Bem, a questão agora se esbarra no fato do STF ter suspenso, de forma cautelar, a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição da República, voltando assim a vigência da redação original desse artigo, que dispunha sobre o REGIME JURÍDICO ÚNICO.

É a síntese deste relato.

Nobre Relator, com a *devida maxima venia* ao Douto subscritor do requerimento ora em apreço, o presente caso deve ser interpretado, buscando-se na ciência da hermenêutica jurídica, a Interpretação Teleológica, que, no nosso entender, é a interpretação mais adequada e correta a ser aplicada *in casu*.

Pois bem, não se deve olvidar que a elaboração tanto da EC nº 51/06, quanto a Lei nº 11.350/06, baseou-se no que dispunha a já suspensa redação do *caput*, do artigo 39, da CR.

Sendo assim, uma vez suspensa a eficácia da redação do artigo 39 (redação dada pela EC nº 19/98), voltando assim o texto original, ou seja, admitindo-se apenas o regime jurídico único, por construção lógica, os dispositivos da Emenda Constitucional nº 51 e da Lei nº 11.350/06, que tratam de contratação via CLT, estão suspensos.

Daí perquire-se em que regime jurídico se enquadram os Agentes Comunitários de Saúde e de Combate a Endemias, podendo os mesmos serem considerados efetivos?

Antes de responder tal questionamento, imperioso distinguir cargos de provimento efetivo e empregos públicos.

Nesse diapasão, trazemos a baila ensinamento do insigne Mestre Hely Lopes Meirelles, verdadeiro luzeiro do mundo jurídico Pátrio, *in* “Direito Administrativo Brasileiro”, 34ª edição, Malheiros Editores, pag. 423/425, *verbis*:

“Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser promovido e exercício por um titular, na forma estabelecida em lei. Função é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais, sendo comumente remunerada através de *pro labore*.”

O também jurista, não menos brilhante, Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu “Curso de Direito Administrativo”, 20ª Edição, Malheiros Editores, pag. 233, preleciona:

“Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e *criadas por lei*, salvo quando concernente aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas.

Os servidores titulares de cargos públicos submetem-se a um regime especificamente concebido para reger esta categoria de agentes. Tal regime é estatutário ou institucional; logo, de índole não-contratual. (destaque do autor).

E continua esse mesmo autor:

“Funções públicas são plexos unitários de atribuições criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche.

Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los

sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000. Quando se trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, § 1º, II, “a”.

Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra *inevitáveis influências adivindas da natureza governamental da contratante*, basicamente, é a que se aplica aos *contratos trabalhistas em geral*; portanto, a prevista na *Consolidação das Leis do Trabalho*. (destaque do autor).

Pois bem, não se pode confundir a intenção do Legislador, seja ele originário, seja ele derivado, no que concerne a forma de ingresso e permanência no serviço público.

Cargos de provimento efetivo são aqueles estabelecidos em lei, providos através de concurso público de provas e ou provas e títulos, regidos pelo regime estatutário.

A efetividade é atributo exclusivo dos cargos providos através desse concurso público, portanto, atributo exclusivo daqueles servidores regidos pelo regime estatutário.

E isso também é um fato.

Já a contratação através da CLT, regida, portanto, pelo Direito do Trabalho, por mais que seja por tempo indeterminado, trata-se de um contrato bilateral e, como tal, passível de ser rescindido pelas partes.

A contratação por meio de empregos públicos, ao mesmo tempo, atende às manifestações dos órgãos oficiais como, também, de certa forma, resguarda os pequenos e médios municípios em face de eventuais dificuldades nos repasses de verbas pelo governo federal – daí a recomendação de criação de empregos públicos e não cargos, que, como se sabe, têm uma proteção constitucional que não possibilitaria a exoneração do pessoal excedente no caso de mera falta de recursos. A criação de empregos com o condicionamento, na própria lei criadora, de manutenção dos programas federais – e portanto dos repasses – poderia eventualmente permitir maior maleabilidade, junto ao Judiciário, quanto às eventuais necessidades de desoneração da folha.

Então, não se pode admitir que servidores que foram contratados no regime celetista, possa agora, devido a suspensão da contratação por esse regime, migrem para o regime estatutário, tonando-se efetivos.

Aplicar tal interpretação extensiva, é ir além do desejo do legislador, vez que, se assim o fosse, este legislador, quando da edição da Emenda Constitucional nº 51/06, determinaria que os Agentes Comunitários de Saúde e os de Combate às Endemias, integrariam o regime estatutário.

Ademais, outra situação impeditiva do pleito formulado pelo Requerente se abstrai de impingir aos Municípios ônus demasiadamente pesado, vez que, digamos, numa hipótese remota, mas se o Governo Federal acabar com o programa que mantém e remunera os citados Agentes, como os Municípios irão arcar com o pagamento desses funcionários e mais, como o repasse federal é feito através de convênio, a remuneração desses Agentes não integram no cômputo dos gastos com pessoal para efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ademais, como se pode admitir funcionários efetivos de determinado ente federativo sendo remunerados por outro ente como se quer o nobre Peticionante.

Diante disso, impõe-se a total impossibilidade jurídica de se atender o requerimento formulado pelo nobre Deputado Federal, pelos fundamentos suso expostos.

Assim, perquere-se o que se fazer com as contratações dos Agentes via CLT, ora suspensa por determinação do STF?

Neste caso, os Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias que são contratados via CLT, a sua situação jurídica se mantém inalterada, ou seja, ainda permanecerão como contratados celetistas, até por que, a decisão do STF possui caráter precário (medida liminar), pendendo ainda da decisão de mérito.

Entretanto, o fato complicador, por assim dizer, recai-se na necessidade de uma nova contratação de tais Agentes, nesse caso, como a contratação via CLT está temporariamente suspensa, deve ser feita através dos Contratos Temporários (art. 37, IX, da C.R.).

Perquere-se se tal medida é a mais acertada, vez que a Lei Federal nº 11.350/2006, em seu artigo 16, veda a contratação de forma temporária, entretanto, a vedação deve ser levada a efeito, caso a contratação via CLT é permitida, como determina o próprio artigo 8º, desse mesmo diploma legal.

Infere-se que a norma deve ser interpretada e considerada como um todo, e não apenas parte dela, artigos isolados.

O **fundamento de validade** para a existência da Lei Federal nº 11.350/06 é a redação do *caput* do artigo 39, da Constituição da República, redação

dada pela EC nº 19/98 e, estando esta suspensa, a referida lei não pode ser aplicada.

Ex positis, levando-se em conta ao que acima fora exposto, **opinamos manifestação desse Egrégio Tribunal de Contas pela impossibilidade de atender os Requerimentos formulados pelo Interessado em epígrafe, devendo esta Corte baixar instrução normativa aos jurisdicionados nos moldes do presente parecer.**

É o Parecer.

Cuiabá, 13 de junho de 2008.

Mauro Delfino César
Procurador de Justiça