



NOTA JURÍDICA CONASEMS n. 009 (antiga 09/2007)

NÚCLEO DE DIREITO SANITÁRIO

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2135 – STF – Concessão de liminar suspendendo a vigência do art. 39, *caput*, da CF, em sua redação dada pela EC 19/98, voltando a vigorar a redação anterior à EC 19/98. A decisão tem efeito *ex-nunc*, ou seja, passa a valer a partir de agora, não retroagindo seus efeitos à data da EC 19/98. Implicações quanto à contratação dos agentes comunitários de saúde em face da EC 51 e Lei 11.350, de 05.10.2006.

No dia 2 de agosto de 2007, o Plenário do STF concedeu liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.135 para suspender a vigência do art. 39 da CF, com a redação dada pela EC 19/98, pelo fato de a proposta de redação do art. 39 não ter sido aprovada pela maioria qualificada (3/5 dos parlamentares) na Câmara dos Deputados, em primeiro turno, conforme previsto na CF.

O art. 39 da CF, em sua redação original dispunha que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações”.

A redação trazida para o mesmo artigo pela EC 19/98 era a seguinte: “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”

Com a redação da EC 19/98 encerrou a obrigatoriedade constitucional de os entes federativos instituir regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações.

Contudo, a partir da concessão da medida liminar, a administração pública direta, as autarquias e as fundações públicas de direito público estão obrigadas a manter para seus servidores o regime jurídico único, ou seja, o estatutário e não mais o da CLT.

Quais as implicações dessa decisão para a admissão de agentes comunitários pelos municípios a partir de agora?



NOTA JURÍDICA CONASEMS n. 009 (antiga 09/2007)

NÚCLEO DE DIREITO SANITÁRIO

A EC 51 introduziu modificações no art. 198 da CF dispondo sobre a admissão de agentes comunitários de saúde mediante *processo seletivo simplificado*

Em artigo publicado na Revista do Direito do Trabalho¹ havia tratado do tema nos seguintes termos:

*“O concurso público, previsto no art. 37, II, da CF² é um processo de **seleção pública**. Falar, pois, em concurso público e processo de seleção, aparentemente, estamos nos referindo à mesma coisa. Contudo, se a EC 51 cuidou de usar a expressão ‘processo seletivo’ e não ‘concurso público’ para referir-se à forma de seleção pública de servidores devemos considerar que ela procurou dar um significado diferente à expressão ‘processo seletivo’, ainda mais se se considerar os pareceres que acompanharam a PEC n. 7-C, de 2003³, hoje EC 51, e a realidade fática das contratações dos agentes comunitários pela administração pública, elementos importantes para a hermenêutica.*

Lembramos que a expressão processo seletivo simplificado encontra-se no art. 3º da Lei n. 8.745/93⁴, que trata da contratação de servidor temporário no âmbito da União, a qual independe de concurso público. A Lei n. 8.745, de 09.12.93, impõe o processo seletivo simplificado para a seleção desse pessoal, prescindindo de concurso público: “O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público” (art. 3º).

¹ Revista do Direito do Trabalho n 124 – 2006 – Editora Revista dos Tribunais – SP – 2006.

² “A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de prova ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

³ PEC 7-C – proposta do Dep. Mauricio Rands.

⁴ Não se pode perder de vista ainda, que o STF, no Mandado de Segurança n. 21.322, de 03.12.92 e no exame da Questão de Ordem em Ação Cautelar n. 200.1-SP, de 12.05 vem discutindo o tema ‘processo seletivo e concurso público’ – se são ou não equivalentes. Provavelmente, a EC 51 deverá ser objeto de consideração daquela Corte na discussão da questão.



NOTA JURÍDICA CONASEMS n. 009 (antiga 09/2007)

NÚCLEO DE DIREITO SANITÁRIO

Há ainda o Decreto Federal n. 4.748, de 16.6.2003 regulamentando o processo seletivo simplificado o qual exige realização de prova escrita e, facultativamente, a análise de currículo, ressalvando, entretanto, a adoção, pelo órgão ou entidade, de outras modalidades de seleção.

A intenção do legislador ao introduzir no texto constitucional essa norma foi a de criar exceção a uma regra geral ou a de criar uma espécie do gênero concurso público. O concurso é regra geral e o processo seletivo uma espécie do gênero concurso, o qual conferiria mais simplicidade e agilidade à seleção pública de servidores.

O próprio parágrafo único do art. 2º da EC 51 ao convalidar anterior processo de seleção pública realizado pela Administração Pública ou por pessoa jurídica de direito privado (!) deve estar referindo-se a esses processos mais simplificados que o concurso, o que confirma a tese de que o processo seletivo tem significação diversa do concurso público, sob pena de a norma ser inócua.

A Lei 11.350, estabelece que a contratação de agente comunitário e de combate à endemias será precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade das atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, conforme previsto na Constituição, art. 37, II e na EC 51. Vê-se que o agente comunitário e de endemias deverá ser "**contratado**" (isso pressupõe regime da CLT) e não nomeado para cargo público, sob o regime estatutário. A União impôs a si o regime da CLT (contratual) de acordo com o art. 8º da Lei 11.350 passando a exigir o processo seletivo público para a contratação de agentes de endemias e comunitário" ao mesmo tempo em que respeitou a autonomia dos entes federados para dispor sobre o regime jurídico de seus servidores, conforme se verifica na redação do art. 8º da Lei 11.350, assim expressa:

"Art. 8º. Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, na forma do disposto no [§ 4º do art. 198 da Constituição](#), submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela



NOTA JURÍDICA CONASEMS n. 009 (antiga 09/2007)

NÚCLEO DE DIREITO SANITÁRIO

Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa”.

Somente serão contratados pelo regime da CLT os agentes comunitários e os de combate às endemias, nos Estados, Distrito Federal e Municípios que não tenham escolhido outro regime jurídico (o estatutário). Os entes federados sempre devem escolher um regime para seus servidores. Na realidade, trata-se de uma redação inócua (Lei 11.350, art.8º.) no que se refere a Estados e Municípios, uma vez que são eles mesmos que irão dispor sobre o regime de seus servidores, sendo uma imposição apenas para a União, no caso da contratação desses agentes, que deverá ser pelo regime da CLT. Estados e Municípios que tenham optado pelo regime estatutário continuarão a admitir servidores por esse regime.

Mas a questão aqui focada é quanto à aplicabilidade do art. 39 da CF, com a redação original, aos entes federados que optaram pelo regime da CLT. Estão eles obrigados a retomar o regime estatutário para a admissão de agentes comunitários quando o ente contratante for a administração direta, autarquia ou fundação pública de direito público?

Supondo que determinado município escolheu regime da CLT para a contratação de agente comunitário: - estaria obrigado a retomar o regime estatutário, em razão da liminar concedida na ADI 2135? Ou poderia continuar a contratar pelo regime da CLT?

Essa é uma questão que irá afetar todos os entes federativos que, a partir da EC 19/98, abandonaram a admissão de pessoal pelo regime estatutário e passaram a adotar o regime da CLT, como acontece com diversos municípios brasileiros.

No caso dos agentes comunitários somente poderia se entender que o regime da CLT se impõe, caso prevalecesse o entendimento de que a EC 51 delegou à lei a escolha do regime para todos os entes federativos e a Lei 11.350 definiu o regime da CLT.

Contudo, como a Constituição não pode conter contradições e essa seria uma delas, uma vez que os entes federativos têm autonomia para organizar a sua administração pública e assim escolher o regime dos seus servidores, a Lei 11.350, com fundamento no § 4º do art. 198 da CF, definiu o regime da CLT apenas para a União e para os Estados e os



NOTA JURÍDICA CONASEMS n. 009 (antiga 09/2007)

NÚCLEO DE DIREITO SANITÁRIO

Municípios que *não optaram* pelo regime estatutário. Desse modo, a Lei respeitou a autonomia dos entes federativos quanto à admissão dos agentes comunitários, conciliando disposições constitucionais, evitando antinomias jurídicas.

Assim, os municípios que escolheram o regime da CLT para a contratação de seus agentes (ou mesmo aqueles que ainda não o tenham feito ainda) devem manter o regime da CLT, com base no disposto no § 4º do art. 198 da CF e no art. 8º, § 4º da Lei 11.350, uma vez que a Constituição criou para os agentes comunitários e os de endemias a possibilidade de serem admitidos por processo seletivo simplificado e pelo regime jurídico da CLT, desde que não opte por outro.

Assim, Municípios e Estados que tenham escolhido o regime da CLT não estarão contrariando o art. 39 da CF, com a sua redação original, uma vez que esse dispositivo constitucional deve ser interpretado com a ressalva do art. 198, § 4º, c/c o disposto no art. 8º da Lei 11.350, não constituindo essa interpretação uma antinomia jurídica.

Lenir Santos
Coordenadora
Núcleo de Direito Sanitário