

A problemática das contratações dos profissionais integrantes da estratégia saúde da família

ANDRÉ DE AZEVEDO COELHO

Especializando em Interesses Difusos e Coletivos pela FMP;
Promotor de Justiça Titular da Promotoria Especializada de Cruz Alta/RS

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe sensível inovação para a ordem interna na concepção de saúde pública, desenvolvendo, igualmente, o mecanismo estrutural pelo qual a efetivação do direito fundamental social deve se manifestar.

Em suma, definiu que o direito à saúde demanda ações estatais tendentes à sua promoção, proteção e recuperação, devendo ser efetivado por intermédio de um Sistema Único de Saúde, para o qual, dentre outras, o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, é diretriz constitucionalmente estabelecida, restando abandonado o modelo no qual a assistência era, apenas, curativa.

Nessa linha de raciocínio, estrutura conceitual e principiológica, foi criada a Estratégia Saúde da Família¹, atualmente regulada pela Portaria n.º 648/GM, Ministério da Saúde, de 28 de março de 2006, que “aprova a Política

¹ A hoje consolidada Estratégia Saúde da Família teve berço, em 1991, no PACS – Programa Agentes Comunitários de Saúde, que, por sua vez, funcionou como a etapa inicial para a implantação do PSF – Programa Saúde da Família, cujas primeiras equipes foram formadas em 1994. Neste mesmo ano, o Ministério da Saúde definiu o PSF como “um modelo de assistência à saúde que vai desenvolver ações de promoção e proteção à saúde do indivíduo, da família e da comunidade, através de equipes de saúde, que farão atendimento na unidade local de saúde e na comunidade, no nível de atenção primária.”

Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica para o Programa Saúde da Família (PSF) e o Programa Agentes Comunitários de Saúde (PACS), definindo que a “Atenção Básica tem a Saúde da Família como estratégia prioritária para sua organização de acordo com os preceitos do Sistema Único de Saúde”.

O objetivo da Estratégia Saúde da Família é reorganizar do modelo de assistência à saúde que era orientado para a cura de doenças e realizado, principalmente, nos hospitais. Tem-se observado, nos locais em que implantada a Estratégia, inúmeros avanços, notadamente, diminuição da mortalidade infantil e redução de internações hospitalares.

Não obstante, na prática, verifica-se resistência de determinados municípios na implantação da Estratégia Saúde da Família. Tal fato ocorre, todavia, não em razão de objeção em face da eficácia da política pública, mas, sim, pela necessidade de contratação de pessoal que a implantação da Estratégia demanda.

Tem-se visto as mais variadas formas de ingresso desses agentes públicos, verificando-se receio por parte dos municípios em realizar o concurso público, sob 02 (dois) argumentos principais, no sentido de que o “programa” não seria permanente e em caso de ausência de repasse de recursos da União não haveria como o ente público arcar, sozinho, com as despesas provenientes do vínculo firmado como este pessoal. Ainda, asseveram que os municípios encontram-se no limite de gasto com pessoal definido pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Pretende-se, com o presente estudo, abordar as formas de contratação dos profissionais que integram as equipes saúde da família verificadas em diversos municípios do Estado do Rio Grande do Sul, firmando-se, ao final, conclusão indicando a forma juridicamente aceita de ingresso destes agentes nos quadros públicos.

2. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS

De todas as formas de contratação do pessoal integrante da equipe saúde da família, a que mais se tem verificado é a contratação temporária, fundamentada no artigo 37, inciso IX, Constituição Federal. Todavia, não se mostra possível essa espécie de contratação.

O artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, estabelece que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei (...)”.

Foi claro o constituinte ao estabelecer a forma de ingresso no serviço público, qual seja a realização de concurso. A obrigatoriedade de realização do concurso para ingresso nos quadros da Administração efetiva os princípios norteadores da atividade administrativa, até então, comandos abstratos. Dentre os princípios constitucionalmente explícitos, elencados pelo artigo 37, *caput*, da Carta Maior, encontram-se os princípios da moralidade, eficiência, impessoalidade.

“O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos.²”

Ainda, parte-se da premissa de que o candidato melhor classificado no certame é o mais qualificado para exercer a função pública, o que configura um dado efetivo na aplicação do princípio da eficiência. Por fim, a principal finalidade do artigo em pauta é possibilitar a todos igualdade de acesso aos quadros públicos, mediante a realização de um procedimento competitivo, onde o candidato mais preparado será o escolhido. Busca-se que a escolha efetuada se pautem em critérios objetivos, livres de favorecimentos ou perseguições. A igualdade entre os administrados é o principal vetor da exigência constitucional.

Assim, a regra é a realização de concurso público, entretanto, por vezes, a realidade fática apresenta situações em que a necessidade do serviço se mostra tão iminente que acaba por inviabilizar a realização de um certame. Atento a isso, o constituinte estabeleceu no artigo 37, inciso IX, da Lei Maior, uma possibilidade, **absolutamente excepcional**, de ingresso no serviço público diretamente. Dispõe o artigo supra que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Apesar de ser uma norma constitucional de eficácia limitada, o certo é que o comando constitucional estabelecido no artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, como toda norma constitucional, não se mostra completamente desprovido de eficácia, visto que estabelece os requisitos a serem observados pelo legislador ordinário ao efetuar a devida complementação normativa.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª edição, pág. 375. São Paulo: Editora Malheiros.

“Outra exceção prevista constitucionalmente, permitindo-se a contratação temporária sem concurso público, encontra-se no art. 37, IX, da Constituição Federal. O legislador constituinte manteve disposição relativa à contratação para serviço temporário e de excepcional interesse público, somente nas hipóteses previstas em lei.

Dessa forma, três são os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção, **muito perigosa**, como diz Pinto Ferreira, por tratar-se de uma **válvula de escape** para fugir à obrigatoriedade dos concursos públicos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade:

- excepcional interesse público;
- temporariedade da contratação;
- hipóteses expressamente previstas em lei.

A lei mencionada no inciso IX do art. 37 da Constituição é a lei editada pela entidade contratadora, ou seja, lei federal, estadual, distrital ou municipal, conforme a respectiva competência legislativa constitucional.³

Assim, vê-se que qualquer legislação ordinária que venha a complementar este dispositivo constitucional deve observar esses três requisitos estabelecidos constitucionalmente, dentre eles, **o excepcional interesse público e a temporariedade da contratação**.

Com efeito, não há viabilidade jurídica de se efetivar as contratações em questão por intermédio de contratos temporários, pois as atividades desempenhadas são permanentes. Os médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem e agentes comunitários de saúde, na Estratégia Saúde da Família, não exercem uma atividade temporária, mas, sim, permanente, buscando estreitar os vínculos com a população atendida. Ainda, a necessidade de prestação do serviço público de saúde não pode ser considerada excepcional, pois previsível ao Administrador.

3. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO

Conforme definido pela Constituição Federal, artigo 37, inciso V, os cargos em comissão destinam-se, apenas, às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Cita-se, igualmente, a argumentação trazida à colação no item anterior, sendo esta forma de contratação excepcional à regra da exigência de concurso público, sendo, assim, excepcional a interpretação que admite sua utilização, igualmente.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 9ª edição, págs. 317/318. São Paulo: Editora Atlas.

Com efeito, em uma simples leitura da definição constitucional, afasta-se, de plano, a possibilidade da utilização dessa forma de contratação, pois as atividades exercidas pelo pessoal da equipe saúde da família são de **natureza técnica**, o que inviabiliza a criação de cargos comissionados.

4. CONVÊNIOS QUE TRANSFEREM A RESPONSABILIDADE DA CONTRATAÇÃO PARA A INICIATIVA PRIVADA

Outra prática que se verifica é a realização de convênios pelo município cujo objeto, pretende, unicamente, que a vinculação do pessoal ocorra com instituições privadas. Em suma, a Administração realiza a escolha do pessoal que fica, após contratado, sob o mando do Poder Público, remunerado com verbas públicas, exercendo suas funções dentro das unidades básicas de saúde, todavia, vinculado formalmente a instituições privadas, firmadoras do convênio, que recebem, para isso, uma taxa de administração.

Não se pode permitir tal prática, pois, na realidade, esse pessoal exerce a função pública de fato, embora, juridicamente não vinculados à Administração por qualquer forma de investidura prevista. Não é configurada, nem mesmo, terceirização, pois a responsabilidade pela execução do serviço permanece sendo da Administração, sendo transferido, apenas, o vínculo formal, que fica constituído entre o pessoal e a instituição privada.

Ocorre, assim, em última análise, ingresso de agentes públicos sem a realização do concurso público. Além disso, os recursos públicos que estão sendo destinados para a remuneração desse pessoal não são computados na despesa com pessoal – Lei de Responsabilidade Fiscal – visto que não há qualquer vínculo formal com a Administração, sendo, assim, inconcebível a prática.

5. TERCEIRIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DA ESTRATÉGIA SAÚDE FAMÍLIA

Ocorre, também, terceirização da execução da Estratégia Saúde da Família. Entretanto, a política pública encontra-se diretamente vinculada ao Sistema Único de Saúde sendo, em última análise, a execução do serviço público em questão, abrangendo a estratégia principal de toda a Atenção Básica. Não se pode, pois, terceirizar, visto que é atividade fim do Estado – prestação do serviço público de saúde.

Frisa-se, a parte final do artigo 197 da Constituição Federal, ao permitir que as ações e serviços públicos de saúde sejam prestadas por terceiros, deve

ser interpretada em consonância com as demais normas constitucionais que regem a matéria.

Não se pode, em hipótese alguma, transferir-se o próprio Sistema Único de Saúde para a iniciativa privada. Registra-se que, nos termos do parágrafo 1º, do artigo 199, da Constituição Federal, as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde.

Com efeito, vê-se que, segundo constitucionalmente estabelecido, a participação é complementar e não de prestação do serviço em si. É possível que ocorra terceirização de atividades meio – como vigilância, limpeza, etc – necessárias para efetivação da atividade fim – serviço público de saúde. Ainda, nos locais em que a capacidade instalada for insuficiente a cumprir a integralidade do Sistema Único de Saúde pode a Administração recorrer à iniciativa privada de forma complementar.

Repisa-se, a prestação do serviço público de saúde, no caso específico Atenção Básica, não pode ser transferida à iniciativa privada, cuja participação é complementar e não de substituição do Poder Público.

6. PROCESSO SELETIVO PÚBLICO

Após uma série de iniciativas do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, notadamente a atuação do Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos, junto aos Municípios, no sentido de regularizar a contratação do pessoal da saúde da família, verificou-se retrocesso nas tratativas até então efetivadas, em razão da edição da Emenda Constitucional n.º 51, de 14 de fevereiro de 2006, que estabeleceu em seu artigo 1º, *verbis*:

Art. 1º O art. 198 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º, 5º e 6º:

(...)

§ 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.

A emenda constitucional, inicialmente despida de qualquer complementação normativa, criou série de questionamentos e dificuldades práticas no tocante a sua aplicação, notadamente a ausência de definição do que seria o processo seletivo público e, principalmente, após efetivada a seleção, da forma pela qual os selecionados deveriam se vincular à Administração.

Alguns apregoavam a contratação dos agentes comunitários, após processo de seleção com critérios definidos pela própria municipalidade, por intermédio de contratos temporários (art. 37, IX, CF), instrumentos que, como frisado, não se configuram como adequados. Assim, esta solução não se mostrou viável e, de igual forma, incidiu na mesma problemática de impossibilidade de utilização desta forma de contratação, já presente antes da edição da emenda constitucional.

De outro lado, houve posições argumentando no sentido da possibilidade de criação de cargos ou empregos públicos⁴ a serem providos após o processo seletivo. Todavia, inicialmente, caminhou-se no sentido da inconstitucionalidade de qualquer legislação municipal que assim dispusesse, bem como da própria emenda constitucional, em face de violação do direito fundamental à igualdade – artigo 5º, Constituição Federal.

Celso Antônio Bandeira de Mello ao comentar o princípio da impessoalidade refere:

“Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º, caput), a fortiori teriam de sê-lo perante a Administração.

No texto constitucional há, ainda, algumas referências a aplicações concretas deste princípio, como ocorre no art. 37, II, ao exigir que o ingresso em cargo, função ou emprego público depende de concurso público, exatamente para que todos possam disputar-lhes o acesso em plena igualdade”.⁵

Ao dispensar a realização de concurso público para o provimento dos cargos ou empregos públicos de agente comunitário de saúde o constituinte derivado não observou a regra efetivadora do ideal de igualdade – ingresso por intermédio de concurso público – definindo hipótese de ingresso no serviço público fora das exceções já delineadas e especificadas pelo constituinte originário, nada justificando a realização de processo simplificado de seleção.

⁴ Necessário ressaltar em relação ao emprego público que deve ser observada recente decisão lançada pelo Supremo Tribunal Federal que, por maioria, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n.º 19, tendo a decisão efeito ex nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. ADIN n.º 2135/2000.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª edição, pág. 70. São Paulo: Editora Malheiros.

Ainda, a autorização de contratação de agentes comunitários de saúde por intermédio de processo seletivo público é inconstitucional por violar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal.

Não há, também, definição do que constituiria um processo seletivo público, nem mesmo dos critérios de escolha a serem observados pelo Administrador o que, por evidente, viola a igualdade dos administrados em concorrerem para a função em questão.

Há, assim, violação frontal ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, norma positivadora da tão almejada igualdade constitucional.

Em decisão proferida em pedido antecipatório nos autos da ação civil pública n.º 166-2006-02-00-3, movida pelo Ministério Público do Trabalho contra o Município de Amaraji, a Justiça do Trabalho de Ribeirão, 6ª Região, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 4º, do artigo 198 da Constituição Federal, incluído pela emenda constitucional n.º 51.

Na fundamentação da decisão, restou asseverado:

“Cabe ressaltar que, ainda com a edição da Emenda Constitucional n.º 51/2006, que incluiu o §4º ao art. 198 da Lei Maior, continua a vigor a regra diretora da obrigatoriedade do concurso público.

Como se sabe, o inciso II do art. 37 da Constituição Federal é corolário direto do princípio da isonomia, sendo certo, que somente em casos justificáveis, como a real contratação para suprir excepcional interesse público, o concurso público merece ser dispensado.

No caso da novel emenda constitucional não vislumbro nada que justifique abrir-se mão da regra do concurso público, para contratar agentes comunitários de saúde por mero processo seletivo público. É de existir um valor superior à isonomia para permitir fechar os olhos ao inciso II do art. 37, o que, sem dúvida, não é hipótese aventada pelo atual §4º do art. 198 da Carta Magna.

Assim, incidentalmente, DECLARO a inconstitucionalidade do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, introduzido através da Emenda Constitucional n.º 51/2006.”⁶

Assim, em um primeiro momento, ensaiava-se posição apregoando a inconstitucionalidade da emenda constitucional, permanecendo a exigência de que o ingresso do pessoal integrante da equipe saúde da família, inclusive os agentes comunitários de saúde, deve observar o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

⁶ Ação civil pública n.º166-2006-261-06-00-3, Juiz do Trabalho prolator, Matheus Ribeiro Rezende, 04 de abril de 2006.

Contudo, sobreveio complementação normativa, advindo a Lei n.º 11.350, de 05 de outubro de 2006, que “regulamenta o § 5º do art. 198 da Constituição Federal, dispõe sobre o aproveitamento de pessoal amparado pelo parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006.”

Esta lei, dentre outras providências, estabelece, em seu artigo 9º, que “a contratação de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias deverá ser precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

Definiu, assim, o conceito e requisitos a serem observados pelo processo seletivo público – realização de seleção por intermédio de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades e observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por sua vez, o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, estabelece que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei (...)”.

Logo, em simples análise conceitual ditada pela lei regulamentadora, extrai-se a conclusão de que processo seletivo público possui a mesma definição de concurso público, não havendo, portanto, diferença relevante entre as formas de seleção, apenas terminológica.

Em síntese, pode-se definir processo seletivo público, como forma específica de concurso público para agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, cujos participantes devem observar os requisitos estabelecidos pelos artigos 6º e 7º, da Lei n.º 11.350/2006⁷, sendo aplicável ao certame todas as normas referentes a um concurso público comum.

⁷ 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;
II - haver concluído, com aproveitamento, curso introdutório de formação inicial e continuada; e
III - haver concluído o ensino fundamental.

§ 1º Não se aplica a exigência a que se refere o inciso III aos que, na data de publicação desta Lei, estejam exercendo atividades próprias de Agente Comunitário de Saúde.

§ 2º Compete ao ente federativo responsável pela execução dos programas a definição da área geográfica a que se refere o inciso I, observados os parâmetros estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

Art. 7º O Agente de Combate às Endemias deverá preencher os seguintes requisitos para o exercício da atividade:
I - haver concluído, com aproveitamento, curso introdutório de formação inicial e continuada; e
II - haver concluído o ensino fundamental.

Parágrafo único. Não se aplica a exigência a que se refere o inciso II aos que, na data de publicação desta Lei, estejam exercendo atividades próprias de Agente de Combate às Endemias.

Com efeito, a discussão inicialmente verificada acerca da constitucionalidade da emenda constitucional n.º 51, de 14 de fevereiro de 2006, cai por terra, em razão da definição de processo seletivo público dada pela Lei n.º 11.350/2006, pois, como visto, equiparou-o a um concurso público, sendo que, na prática, não há diferença entre os certames.

De resto, em complemento ao raciocínio que está sendo esposado, deve-se frisar que os requisitos estabelecidos pelos artigos 6º e 7º, da Lei n.º 11.350/2006 são razoáveis e guardam relação significativa com as funções a serem exercidas pelos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, razão pela qual poderiam ser exigidos em qualquer concurso público, sem que ocorra violação ao princípio da igualdade, pois adequado o parâmetro de descrimem estabelecido.

Destarte, pode⁸ a Administração realizar concurso público para provimento de cargos de agentes comunitários de saúde e agente de combate às endemias, devendo, contudo, observar como requisitos o estabelecido pelos artigos 6º e 7º, da Lei n.º 11.350/2006⁹.

Note-se que a Emenda Constitucional n.º 51, de 14 de fevereiro de 2006, estabelece, apenas, a faculdade de o gestor local do Sistema Único de Saúde utilizar-se de processo seletivo público para a contratação de agentes comunitários de saúde, não impondo, a toda evidência, este como única forma

⁸ Art. 1º O art. 198 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º, 5º e 6º:
(...)

§ 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. (sem grifos no original).

Consigna-se que, inclusive, o projeto de emenda constitucional chegou a ter redação que continha a expressão “admitirão”, que acabou por ser suprimida dando lugar à expressão atual “poderão admitir”, o que indica claramente a intenção do constituinte derivado em atribuir uma opção ao Administrador consistente na possibilidade de valer-se do processo seletivo.

De resto, o art. 2º, *caput*, da Emenda Constitucional n.º 51, vincula a possibilidade de utilização do processo seletivo ao limite de gasto com pessoal estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Em outras palavras, o mandamento do artigo 2º destina-se a necessidade de observância da Lei de Responsabilidade Fiscal e não à obrigatoriedade de realização de processo seletivo público, pois, como pontuado, poderá o gestor optar pelo concurso público, devendo este dispositivo ser interpretado em consonância com o § 4º.

⁹ Reafirme-se que, a bem da verdade, artigo 9º, da Lei n.º 11.350, de 05 de outubro de 2006, ao definir processo seletivo público, considera-o sinônimo de concurso público sendo que, a única diferença, residiria no fato de que no processo seletivo público para agente comunitário de saúde poderia ser efetivada a exigência, estabelecida pelo artigo 6º, da Lei 11.350, de o profissional residir na área da comunidade em que atuar. Contudo, s.m.j., tal parâmetro de discrimem não se mostra injustificado e/ou desarrazoado, indo ao encontro do ideal proposto pela Saúde da Família, podendo, portanto, a exigência, igualmente, ser realizada em um concurso público, o que acarreta a conclusão de que a diferença entre processo seletivo público e concurso público é meramente terminológica.

de seleção, podendo, com efeito, o gestor realizar concurso público, na forma definida pelo artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

De outro lado, necessário analisar a hipótese estabelecida pelo artigo 2º, parágrafo único, da emenda constitucional n.º 51, de 14 de fevereiro de 2006, *verbis*:

“Art. 2º (...).

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.”

Em complemento, estabeleceu o artigo 9º, parágrafo único, da Lei n.º 11.350/2006, *verbis*:

Art. 9º “a contratação de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias deverá ser precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Parágrafo único. Caberá aos órgãos ou entes da administração direta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios certificar, em cada caso, a existência de anterior processo de seleção pública, para efeito da dispensa referida no parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, considerando-se com tal aquele que tenha sido realizado com observância dos princípios referidos no **caput**.”

As regras transcritas referem-se à possibilidade de os agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias virem a ocupar cargos ou empregos públicos, caso tenham sido aprovados em processo seletivo público, anterior à edição da emenda constitucional n.º 51¹⁰.

Por princípio, de se destacar que a regra do artigo 2º, parágrafo único, da emenda constitucional n.º 51, deve ser interpretada em consonância com o

¹⁰ Esta previsão, a bem da verdade, constitui a verdadeira inovação trazida pela emenda e sua complementação infraconstitucional, visto que se houve intenção do constituinte derivado, quando da edição da emenda n.º 51, no sentido de inovar a forma de ingresso nos quadros públicos pelos agentes comunitários de saúde mediante um certame simplificado, o qual denominou de processo seletivo público, tal intuito não se confirmou ante o conceito atribuído pelo artigo 9º, da Lei n.º 11.350/2006, pelo qual processo seletivo público e concurso público confundem-se.

parágrafo 4º da mesma emenda que, ao instituir o processo seletivo público para admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, estabelece a utilização desta forma de seleção como opção do Administrador. Veja-se, ainda, que o próprio artigo 2º, parágrafo único, da Emenda Constitucional n.º 51, é expressa ao referir que a dispensa refere-se ao processo seletivo definido pelo § 4º do artigo 198 da Constituição Federal, sendo que este dispositivo, como já demonstrado, estabelece uma possibilidade ao Administrador de utilizar-se de processo seletivo público para admissão dos profissionais referidos.

Assim, a regra do artigo 2º, parágrafo único, da Emenda Constitucional n.º 51, não gera direito subjetivo aos profissionais que se enquadrem na situação descrita, visto que a efetiva ocupação de cargo ou emprego público dependerá, inegavelmente, de decisão política do Administrador nesse sentido.

E mais.

Somente poderá o Administrador valer-se não da possibilidade estatuída pelo artigo 2º, parágrafo único, da Emenda Constitucional n.º 51, caso em que **certificar** a existência de anterior processo seletivo público, considerando-se como tal aquele que tenha sido efetivado mediante a realização de provas ou de provas e títulos e com observância dos princípios da **legalidade, moralidade, publicidade e eficiência**, na forma disposta pelo artigo 9º, parágrafo único, Lei n.º 11.350/2006.

Não se nega que o objetivo da emenda ao estabelecer a regra em comento foi o de dar suporte jurídico para possível regularização de situações fáticas de agentes comunitários de saúde no exercício de suas funções mesmo com vínculo transitório ou, ainda, na informalidade. Contudo, não se pode, em nome de tal finalidade, admitir-se que a consolidação do vínculo com a Administração ocorra à revelia de segura verificação pelo gestor de que o houve anterior processo seletivo e que o certame realizado, efetivamente, estabeleceu os padrões e critérios adequados para qualquer seleção pública, visto que, ao fim e ao cabo, implicará a investidura do selecionado em cargo ou emprego público. Assim, deverá o Administrador, em criteriosa análise, verificar e certificar a existência de anterior processo seletivo público, a bem do interesse público.

6. CONCLUSÕES

De todo o exposto, verifica-se que os municípios devem valer-se de concurso público para a contratação do pessoal integrante da Estratégia Saúde da Família. Apenas em relação aos agentes comunitários de saúde existem

particularidades consistentes na possibilidade de o Administrador valer-se do processo seletivo público, na forma estabelecida pela Lei n.º 11.350/2006, apesar do que, na prática, o processamento do certame ocorrer nos mesmos moldes de um concurso público. Ainda, em relação aos agentes comunitários de saúde, existe a possibilidade de o Administrador prover cargos ou empregos público com pessoal que tenha realizado processo seletivo anterior. Contudo, para lançar mão desta possibilidade, é imprescindível que o Administrador certifique que o anterior processo de seleção pública foi efetivado mediante a realização de provas ou de provas e títulos e observou os princípios da **legalidade, moralidade, publicidade e eficiência**.

Por fim, os contrapontos lançados contra a efetivação do concurso público, no sentido de que o “programa” não seria permanente e, em caso de ausência de repasse de recursos da União não haveria como o município arcar, sozinho, com as despesas provenientes do vínculo firmado como este pessoal, bem como de que os municípios se encontram no limite de gasto com pessoal definido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, não encontram qualquer justificação.

A Estratégia Saúde da Família está consolidada e substituindo todo o modelo de Atenção Básica. Consigna-se que sua extinção implicaria o total colapso do Sistema Único de Saúde. Ainda, em uma possível, mas não provável, extinção da política pública, poderia ocorrer redução de pessoal, na forma proposta pela Constituição Federal e, em complemento, pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pela própria Lei n.º 11.350/2006.

De resto, qualquer forma de contratação apresentada, mesmo que não realizado o concurso público, ingressará no limite total de gasto com pessoal para os fins da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Com efeito, não há qualquer justificativa na dispensa do concurso público, devendo o pessoal formador das equipes de saúde da família ingressar no serviço público na forma estabelecida pelo artigo 37, inciso II, Constituição Federal, ressalvando-se, apenas, a possibilidade de contratação de agentes comunitários de saúde por intermédio de processo seletivo público.