

RESUMO: *O presente artigo aprecia alguns pontos da Emenda Constitucional 51-06 e conclui pela inconstitucionalidade dos §§ 4.º, 5.º e 6.º do artigo 198 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 1.º da Emenda Constitucional n.º 51, de 26-02-2006, e do artigo 2.º, caput e parágrafo único da mesma Emenda por violação ao artigo 60, § 4.º, incisos I e IV; artigo 5.º, caput e inciso XXXVI; artigo, 37, inciso II; art. 61, § 1.º, inciso II, 'a' e 'c' e art. 30, entre outros, todos da Constituição Federal.*

PALAVRAS-CHAVE: *Constituição Federal; Ações e serviços públicos de saúde; Emenda Constitucional n.º 51-06; Inconstitucionalidade.*

Os programas de saúde preventiva, a par de inegavelmente consistirem em importantes políticas públicas e úteis mecanismos de atendimento dos deveres constitucionais do Estado, têm ocasionado candentes discussões jurídicas quanto à forma de provimento de seus agentes finais. A solução encontrada historicamente pelos entes municipais preocupados com o tema era a contratação emergencial, de natureza administrativa, como a forma mais viável de arregimentar os profissionais necessários para a implementação dos Programas Comunitários de Saúde – PACS, e de Saúde da Família – PSF, levando em conta, principalmente, a saúde financeira dos municípios e a transitoriedade de que se vinham revestindo os programas federais. Sempre foi um indicativo doutrinário a irregularidade da contratação por interpostas pessoas ou terceirização, porque sempre estariam os vínculos empregatícios presentes, dada a natureza pública incontestável das atividades.

De fato, não era possível até recentemente, vislumbrar como adequada a sugestão de que os agentes comunitários de saúde e outros profissionais que atendem o PACS e o PSF fossem contratados mediante concurso público pelo regime da CLT ou pelo regime estatutário, considerando os entraves de ordem administrativa e financeira que isso representaria para os municípios, notadamente quanto à sustentação financeira de tais programas.

Contudo - a partir do ano 2004, pelo menos - o próprio Ministério da Saúde, a partir de demandas do Ministério Público do Trabalho, vinha oficiando os municípios brasileiros em alerta quanto à necessidade de obediência ao princípio do concurso público, tendo

* Advogado e Consultor em Administração Pública em Porto Alegre/RS.

em vista o caráter permanente de que se têm revestido o PACS e o PSF e a necessidade de atendimento universal da saúde por parte dos municípios, com ou sem repasse de verbas através de programas.

Com tal evolução, passou a ser mais recomendável aos entes municipais de pequeno e médio porte, desde então, a criação de empregos públicos e provimento através de concurso dos profissionais necessários à manutenção dos programas.

Isso por considerar não só as manifestações dos órgãos oficiais como, também, de certa forma, resguardar os pequenos e médios municípios para 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.

A controvérsia jurídica sobre o tema da forma de admissão dos agentes teve fórum inclusive no âmbito do Congresso Nacional. Tanto que o nosso órgão legislativo máximo fez aprovar, em 14 de fevereiro último, uma Emenda Constitucional.

O texto de tal Emenda, que tomou o n.º 51, no mínimo *sui generis* por seu tema e intenção, procura disciplinar através de acréscimo dos §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal (que organiza os serviços públicos de saúde em rede hierarquizada e regionalizada), a relação entre os gestores locais da saúde e os “agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias”. Vejamos o conteúdo basilar da EC n.º 51-06:

[...]

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

“Art. 198.

§ 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.” (NR)

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.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação.

Ao examinar o conteúdo da Emenda, não é improvável que, mesmo os olhos menos sensíveis para os temas municipais e constitucionais, vislumbrem certas incongruências com o todo da Carta Política. Em verdade, os grandes problemas vinculados à relação dos municípios com os profissionais de vencimentos mais elevados, como médicos, odontólogos e enfermeiros não são abordados pela Emenda. Ela se preocupa exclusivamente com as categorias de agente comunitário e agente endêmico e procura dar certa disciplina à relação dos entes federados e esses servidores.

Com efeito, ao fazê-lo, a Emenda soa acintosamente ofensiva a princípio constitucional basilar, que é a forma federativa de Estado. Isso porque, e só para ficar na esfera de interesse municipal, é consabido que são da iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento da remuneração dos servidores, bem como seu regime jurídico, aposentadoria e estabilidade, a teor do que prescreve o art. 61, § 1º, inciso II, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal, aplicado ao município com fulcro no princípio da simetria, o qual, ainda, tem autonomia administrativa para legislar sobre assunto de interesse local (art. 30, inciso I, da Constituição Federal).

Ora, eventualmente e através de um dos órgãos competentes para tal, é impositivo que seja atacada em abstrato a própria emenda.

A própria Constituição estabelece em seu art. 60, § 4º, inciso I, que a Federação – a forma federativa de Estado - figura entre os limites materiais à reforma constitucional, uma vez que representa ponto de sustentação e, juntamente com o voto direto e universal, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, não pode ser objeto de alteração. Com efeito, com a Constituição de 1988, estados e municípios tiveram suas competências ampliadas, caracterizadas, como diz a melhor doutrina, pela capacidade de legislar, de auto-organização, de autogoverno e de auto-administração, através da repartição das competências. A Emenda Constitucional que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica tendência a abolir a forma federativa

de Estado e, por conseguinte, não poderia ser matéria de reforma constitucional.

Dito de outro modo, o texto constitucional do art. 60 veio reforçar a idéia de Estado Federal, mantendo a autonomia dos entes federados e visando ao desenvolvimento harmonioso entre eles. A noção de que notadamente a liberdade concedida aos entes federados deve observar os princípios constantes na Constituição Federal reforça o desconforto a respeito da EC 51-06.

De fato, o problema da autonomia dos entes federados parece estar presente em todo o conteúdo da citada Emenda Constitucional:

- no novo texto do § 4.º do art. 198, que, juntamente com o *caput* e o parágrafo único do art. 2.º da Emenda, impõe aos gestores locais do sistema único de saúde a admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de “processo seletivo público”, a partir de sua edição;

- na redação do § 5.º do mesmo artigo 198, quando atribui a lei federal a disposição sobre o regime jurídico dos agentes comunitários de saúde e agente de combate às endemias, o que usurpa uma competência local gritante dos municípios;

Ora, o constituinte derivado não poderia trazer limitações à autonomia dos entes obrigando à adoção de uma forma de processo seletivo diferente do concurso público (art. 37, II) e à adoção de um regime jurídico estipulado pelo ente União. Ao menos é a posição da doutrina acachapante, como é exemplo a lição de Horta (1995, p. 124): “O poder de emenda é poder instituído e derivado, instrumento da mudança constitucional de segundo grau, submetido ao ‘centro comum de imputação’, que assegura a permanência das decisões políticas fundamentais reveladas pelo Poder Constituinte Originário.”

Ora, a EC 51-06, como um todo parece escarnecer da Federação, que é um pacto permanente e decorre da constituição originária, quando, por exemplo, reduz a competência do ente federado para legislar sobre o regime jurídico de seu pessoal, tudo apontando para a sua própria inconstitucionalidade.

De qualquer forma, enquanto o conteúdo da Emenda não sofrer impugnação em abstrato através da competente ADI, seu texto deve ser respeitado pelas administrações locais, embora interpretado com a ponderação devida.

Nesse diapasão, já há grande controvérsia nos meios municipalistas quanto à necessidade de concurso público para substituição dos já contratados emergencialmente na forma do art. 37, IX, da CF, mediante alguma forma de processo seletivo. Com efeito, sendo essa ou não sua intenção, a EC n.º 51-06 parece vir reforçar uma tendência na doutrina e entre os órgãos de controle como os Tribunais de Contas e o Ministério Público do Trabalho: o concurso público, o que uma interpretação minimamente conformada

à Constituição só pode querer significar a mais nobre modalidade do que a Emenda chama de “processo seletivo público”, ainda é a forma constitucional adequada de prover os profissionais integrantes dos programas de saúde preventiva. A criação de cargos ou empregos públicos e o competente concurso para provê-los persiste sendo a mais recomendável das formas de atendimento da demanda dos programas, embora a questão da disposição por lei federal sobre o regime jurídico dos agentes, como quer a Emenda, seja ainda uma lacuna.

A partir daí, outro problema se apresenta por conta da existência de servidores contratados temporariamente mediante processo seletivo e com contrato em vigor, mas com prazo determinado de contratação, como determina o art. 37, IX da CF. É que a EC n.º 51-06 traz, no parágrafo único do art. 2.º, o texto que novamente reproduzimos:

[...]

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.

[...]

O texto do parágrafo tem sido interpretado em certas esferas, como uma declaração constitucional de estabilidade dos servidores contratados temporariamente, desde que tais servidores tenham sido selecionados por anterior processo seletivo público. Embora, em verdade, não haja definição jurídica clara do que seja o “processo seletivo público” de que trata a Emenda e haja controvérsia sobre sua sinonímia ou não com o “concurso público”, expressão consagrada nos meios jurídicos, o certo é que tal interpretação não pode persistir nem mesmo entre os que eventualmente defendam genericamente a constitucionalidade da Emenda.

É que uma contratação temporária autorizada na forma do permissivo do inciso IX do art. 37 da CF – que, segundo decidiu o STF em recente Ação Direta de Inconstitucionalidade, autorizou contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público tanto em atividades a serem desempenhadas em caráter eventual, temporário ou excepcional quanto para atividades de caráter regular e permanente, desde que demonstrada a necessidade¹ - sequer poderia ter seu titular elevado à categoria

¹ STF. ADI 3068/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, publicado no DJ em 23.9.2005.

de estável, nem mesmo por emenda constitucional.

Isso porque quando a Constituição emite o comando de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI), ela está dizendo lei no sentido lato, no sentido de direito, ou seja, qualquer ato da ordem normativa constante do art. 59 da Constituição, incluída aí a emenda constitucional. Sem dúvida que um contrato administrativo ou trabalhista temporário, precedido ou não de processo de “seleção pública”, mas firmado com base em lei autorizativa editada pelo ente e com prazo determinado é ato jurídico perfeito insuscetível de modificação no que tange à temporariedade, nem mesmo por emenda constitucional. Logo, o contrato a termo firmado com os agentes municipais de saúde ou agentes de controle de endemias que se extinguirá em prazo certo, revestido está do *status* de ato jurídico perfeito porque obediente na íntegra à norma constitucional do art. 37, IX, da CF. Não há, portanto, estabilidade para esses servidores temporários, mesmo que a Emenda Constitucional nova assim queira.

A literatura traz explicação esclarecedora quanto ao ato jurídico perfeito na conhecida doutrina de Diniz (1998, p. 178 e 183):

O ato jurídico perfeito é o já consumado, segundo a norma vigente, ao tempo em que se efetuou, produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado foi exercido. É o que já se tornou apto para produzir os seus efeitos. A segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido pela proteção que se concede ao seu elemento gerador, pois se a nova norma considerasse como inexistente, ou inadequado, ato já consumado sob o amparo da norma precedente, o direito adquirido dele decorrente desapareceria por falta de fundamento. Convém salientar que para gerar direito adquirido, o ato jurídico deverá não só ter acontecido em tempo hábil, ou seja, durante a vigência da lei que contempla aquele direito, mas também ser válido, isto é, conforme os preceitos legais que o regem. [...]

Não é difícil perceber, assim, que qualquer que tenha sido a intenção do constituinte derivado quando produziu o texto do parágrafo único do art. 2.º da EC n.º 51-06, o efeito de tal comando longe está de brindar com estabilidade os servidores contratados com prazo determinado pelos municípios, sendo a realização de concurso público uma medida que ainda se impõe, com vistas à continuidade dos programas.

Outra interpretação ventilada em certos meios é ainda mais perniciosa e ofensiva à Constituição: a noção de que o concurso público está afastado como obrigação para as categorias de que trata a Emenda. Ora, dentro da conhecida classificação elaborada por Canotilho, distinguida em princípios estruturantes, princípios constitucionais gerais, princípios constitucionais especiais e regras constitucionais, é de se anotar que o princípio

do concurso público para a investidura em cargo ou emprego público de que trata o art. 37, II da CF concretiza, por ser enquadrado na categoria de especial, o princípio da igualdade (presente no art. 5.º, *caput*), de natureza geral, que, por sua vez em escala superior, densifica o princípio estruturante republicano.

É certo que a diferença de nível encontrada na classificação do constitucionalista português não divide os princípios em escalas de importância dentro da Constituição, mas unicamente pelo grau de densidade, pois os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e essas formam com os primeiros uma unidade material.

Não há dúvida, a partir disso, que o princípio do concurso público para a investidura em cargo ou emprego público advém do princípio da igualdade, pois justamente a dois fins destina-se a sua observância: propiciar à administração pública a escolha do candidato mais capacitado e assegurar a todos os interessados oportunidade de integrar os seus quadros.

Ora, a Emenda Constitucional não poderia privilegiar as categorias que menciona ao dispensá-las de uma obrigação de todas as outras categorias profissionais: o concurso público para ingresso na forma do art. 37, II. Isso por ofensa ao princípio do concurso, mas principalmente porque está impedida pelo art. 60, § 4.º, IV de suprimir um direito e uma garantia individual de todos os cidadãos dessa e de outras profissões – o direito à igualdade de que trata o próprio *caput* do art. 5º da CF.

Como é consabido, o cânone da igualdade veda atuações administrativas parciais, tendentes a favorecer ou prejudicar quaisquer dos candidatos no recrutamento para os cargos e empregos públicos. Por ele, são inadmitidas discriminações injurídicas na admissão para o quadro de pessoal do Estado. O mesmo raciocínio pode e deve ser feito quanto às categorias profissionais e a mesma proteção igualitária deve ser dada a todos os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias, escolhidos ou não pela “seleção pública” dos entes.

O princípio da igualdade só comporta, como regra, o critério do mérito para o melhor desempenho das atribuições dos cargos e empregos públicos. Ora, que mérito têm os agentes de saúde e de combate às endemias que todos os outros profissionais não têm? E mais: que mérito têm os “selecionados” que não teriam os “não selecionados” nesse processo público não isonômico (porque diferente do concurso)? É possível que a Constituição original traga uma regra geral e universal como o concurso público e uma Emenda venha excetuá-la em favor de uma ou outra categoria profissional? Naturalmente que não. Ademais, o respeito à igualdade dos cidadãos pela Administração é também uma determinação do princípio da moralidade. A experiência já evidenciou suficientemente os

malefícios para a coisa pública que trazem o personalismo, o clientelismo, o fisiologismo e o nepotismo. A igualdade entre os administrados e a conduta da Administração Pública a ela conformada é já conteúdo da moralidade administrativa, indubitavelmente.

A interpretação conformada à Constituição no caso é o mínimo que se pode esperar. Ou seja: até é possível admitir que, a par do concurso público, o “processo seletivo público” seja aceito como válido, mas somente na forma de contrato temporário como manda o art. 37, IX, da CF.

Em resumo: até uma apreciação ligeira, como a presente, da Emenda Constitucional n.º 51-06 traz sérias dúvidas quanto à sua utilidade prática e constitucionalidade formal e material, dando ensejo à possibilidade de ataque em abstrato por inconstitucionalidade dos §§ 4.º, 5.º e 6.º do artigo 198 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 1.º da Emenda Constitucional n.º 51, de 14-02-2006, e do artigo 2.º, caput e parágrafo único da mesma Emenda por violação ao artigo 60, § 4.º, incisos I e IV; artigo 5.º, caput e inciso XXXVI; artigo, 37, inciso II; art. 61, § 1.º, inciso II, ‘a’ e ‘c’ e art. 30, entre outros, todos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3068/DF*: relatório original do Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, publicado no DJ em 23.9.2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.