

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.350/2006

Autoria:

Sidnei Di Bacco
Advogado

Dispõe a EC 51/2006:

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.”

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.

§ 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 EC 51/2006 apresenta uma **contradição**.

Diz o art. 1º:

§ 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.

Porém, em sentido contrário, afirma o **art. 2º**:

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.

Observa-se:

a) ao usar o termo "poderão", o art. 1º **faculta** a contratação direta de ACE e ACD, portanto, admite a terceirização;

b) ao empregar a locução "somente poderão", o art. 2º **exige** a contratação direta de ACE e ACD, ou seja, proíbe a terceirização.

A incoerência também pode ser descrita da seguinte forma: "não é obrigatória" a contratação direta de ACE e ACD (art. 1º) e "é obrigatória" a contratação direta de ACE e ACD (art. 2º).

Todavia, esse conflito é apenas **aparente**. Ele ocorre apenas quando os dispositivos são lidos isoladamente, mas desaparece no momento em que as normas são correlacionadas e interpretadas sistematicamente, da seguinte forma:

Art. 1º:

A administração tem duas alternativas para a admissão de ACE e ACD (partícula "poderão", que significa "possibilidade"):

- Contratação direta, por meio de processo seletivo público;
- Contratação indireta, através de instituição privada que forneça esses profissionais (terceirização).

Art. 2º:

Decidindo-se a administração pela contratação direta, somente poderá adotá-la se, concomitantemente, forem respeitados os seguintes dispositivos constitucionais (expressão "somente poderão", que significa "obrigatoriedade"):

- ✓ Art. 198, § 4º, CF, ou seja, por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação;
- ✓ Art. 169, isto é, observado o limite de gastos estabelecido na LRF.

Portanto, o art. 2º é simplesmente uma **norma explicativa**, que se limita a dizer como deverão ser realizadas as contratações diretas de ACE e ACD, **quando for essa a alternativa escolhida pela administração**.

O art. 2º não representa uma regra proibitiva, que pretensamente vedaria a utilização de ACE e ACD através de interposta pessoa.

A toda evidência, a terceirização é permitida pelo art. 1º.

Posteriormente, a Lei 11.350/2006 regulamentou o art. 2º da EC 51/2006, entretanto, ao fazê-lo, incidiu em **inconstitucionalidade**, pois ofendeu o art. 1º, já que estabeleceu a contratação direta de ACE e ACD como única opção à disposição do administrador, vedando a terceirização dessas atividades.

Confira-se:

Art. 2º O exercício das atividades de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias, nos termos desta Lei, dar-se-á exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, na execução das atividades de responsabilidade dos entes federados, **mediante vínculo direto entre os referidos Agentes e órgão ou entidade da administração direta, autárquica ou fundacional.**

Art. 16. **É vedada a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias,** salvo na hipótese de combate a surtos epidêmicos, na forma da lei aplicável.

Por outro lado, a admissão de ACE e ACD na forma preconizada pela Lei 11.350/2006 ocasiona a instituição de **duplo regime de pessoal**, estatutário e celetista, ofendendo decisão proferida pelo STF na **ADIN 2.135-MC.**¹

Veja-se:

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

¹ O Plenário do STF deferiu medida cautelar na ADI 2.135-MC para **suspender** a eficácia do "caput" do art. 39 da CF, na redação dada pela EC 19/1998:

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.

A proposta de alteração do "caput" do art. 39 não teria sido aprovada por maioria qualificada (3/5 dos parlamentares) da câmara dos deputados, em primeiro turno, conforme previsto no art. 60, § 2º, CF. Ao elaborar o texto enviado para votação em segundo turno, a comissão especial de redação da câmara dos deputados teria deslocado o § 2º do art. 39, que havia sido aprovado, para o lugar do "caput" do art. 39, cuja proposta de alteração havia sido rejeitada no primeiro turno. O regimento interno da câmara dos deputados, em seu art. 118, não permite essa transposição por simples emenda redacional.

Redação original ressuscitada:

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 públicas.

Observe-se a exigência de "regime jurídico único" de pessoal, isto é, vedação de coexistência ordinária dos regimes estatutário e celetista. A obrigatoriedade de regime de pessoal unitário havia sido afastada pela EC 19/1998.

Em consequência, a admissão através de regime celetista é admitida unicamente na hipótese de "contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" (CF, art. 37, inciso IX).

do art. 198 da Constituição, 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.

Inconcebivelmente, a admissão celetista de ACE e ACD é por **tempo indeterminado**, sem nenhuma limitação temporal à vigência do contrato de trabalho:

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:

I - prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT;

II - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III - necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da Lei nº 9.801, de 14 de junho de 1999; ou

IV - insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para a continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

§ 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.

Art. 16. É vedada a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos epidêmicos, na forma da lei aplicável.

A conclusão é **inafastável**: a administração **pode**, sim, utilizar ACE e ACD fornecidos por empresas terceirizadas, nos exatos termos do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, com redação dada pela EC 51/2006.