

NOTA JURÍDICA CONASEMS

Assunto: *Forma de Admissão/Contratação do ACS e ACE*

1. Forma de Admissão/Contratação do ACS e ACE

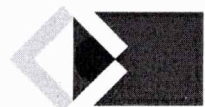
Considerando as peculiaridades concernentes aos Agentes Comunitários de Saúde (ACS) e Agentes de Combate às Endemias (ACE), são recorrentes as discussões no âmbito municipal acerca de ser ou não necessária a realização de concurso público para sua investidura na função.

No intuito de esclarecer tal questão, faz-se necessário inicialmente detalhar a regra geral traçada pela Constituição Federal (CF) a qual se encontra insculpida no seu art. 37, inciso II, *verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - 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 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.” (grifo nosso)



Desta forma, com exceção das nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, a regra para ingresso na administração pública é a aprovação em concurso público.

Ocorre que além da exceção acima especificada, a CF instituiu no §4º do art. 198, com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, regra diferenciada também para os ACS's e ACE's. Senão vejamos:

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

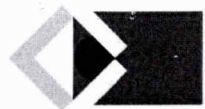
(...)

*§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)” (grifo nosso)*

Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 11.350, de 05 de outubro de 2006, que regulamenta o § 5º do art. 198 da CF/88, o qual foi introduzido pela EC nº 51/2006 e obteve nova redação dada pela EC nº 63, de 04 de fevereiro de 2010, dispondo sobre as atividades e forma de contratação de ACS's e ACE's, dentre outras providências.

O art. 9º da supracitada lei determinou que:

*“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”.

Portanto, a contratação de ACS e ACE será precedida de processo seletivo público e não de concurso público.

Entretanto, muitos gestores fazem a opção pelo concurso público. Ocorre que além de não ser a modalidade apropriada de seleção, enseja dissonâncias dos agentes para com os ocupantes de cargos efetivos, tais como: todo servidor público efetivo se submete a estágio probatório, já o ACS e o ACE, não, eis que não previsto na legislação específica (EC nº 51 e Lei nº 11.350/2006); as formas de extinção do vínculo do ACS e do ACE estão enumeradas no art. 10 da Lei nº 11.350/2006 e seu § Único, não coincidindo com as situações dos estatutos dos servidores.

2. Concurso Público X Processo Seletivo Público X Processo Seletivo Simplificado

Não se deve confundir concurso público com processo seletivo público, tampouco com processo seletivo simplificado.

Ora, na Administração o concurso público (art. 37, inciso II, da CF) é a regra e objetiva o preenchimento de cargos públicos de provimento efetivo nos quais o servidor, transcorrido o prazo de 03 (três) anos do estágio probatório, adquire estabilidade (art. 41, CF).

Já o processo seletivo simplificado encontra-se no campo da exceção e é voltado aos casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público nos moldes estabelecidos em lei. Ou seja, é utilizado para contratação temporária.

Por sua vez, o processo seletivo público também não se confunde com o concurso público, pois apesar de não objetivar contratações temporárias também não busca o provimento de cargo efetivo, mas sim contratação por



prazo **indeterminado** de acordo com a natureza e a complexidade das atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades.

Desta forma, considerando que a própria lei federal (Lei nº 11.350 de 2006) determina que a contratação do ACS e do ACE **DEVERÁ** ser precedida de **processo seletivo público** e não por concurso público, pode-se dizer que desta diferenciação decorrem duas consequências:

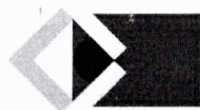
- 1 – **Não serão considerados servidores efetivos; e**
- 2 – **Não alcançarão a estabilidade prevista no art. 41, da CF.**

3. Profissionais que já desempenhavam as atividades de ACS e ACE na data da promulgação da EC 51/2006

É importante pontuar que EC nº 51/2006 fez importante ressalva em relação aos profissionais que já exerciam as atividades de ACS e ACE, na data de sua promulgação (14/02/2006), nos seguintes termos:

“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.” (grifo nosso)



Na regulamentação deste dispositivo, a Lei nº 11.350/2006, especificou a quem cabe, em cada caso, certificar a existência de anterior processo de seleção pública, para efeito da dispensa do processo seletivo referida no parágrafo único do art. 2º da EC nº 51/2006, ressalvado o cumprimento dos princípios que regem a administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Senão vejamos:

“Art. 9º (...)

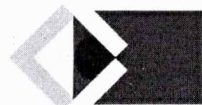
§ 1º ***Caberá aos órgãos ou entes da administração direta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios certificar, em cada caso, a existência de anterior processo de seleção pública, para efeito da dispensa referida no parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, considerando-se como tal aquele que tenha sido realizado com observância dos princípios referidos no caput. (Renumerado do Parágrafo único pela Lei nº 13.342, de 2016)***” (grifo nosso)

Assim, os profissionais que já desempenhavam as atividades de ACS e ACE na data da promulgação da EC 51/2006 estão isentos de se submeterem a novo processo seletivo, desde que tenham sido admitidos por processo de seleção pública, realizado por órgãos da administração pública, direta ou indireta, cabendo aos órgãos da administração direta certificar a existência do mesmo.

4. Do Regime Jurídico

No tocante ao regime de trabalho, a Lei nº 11.350/2006 estabeleceu em seu art. 8º, *verbis*:

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

Acerca do tema, cumpre destacar que a CF estabelecia na redação original do caput do art. 39, caput, o seguinte:

“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, autarquias e das fundações públicas” (grifo nosso)

Com a EC nº 19 de 1998, a redação do caput do art. 39 passou a vigorar nos seguintes termos:

“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”

Assim, com a exclusão do regime jurídico único do referido artigo, passou a se entender pela possibilidade de utilização concomitante de regimes diversos.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente medida cautelar na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135**, a qual questiona a constitucionalidade do art. 39 da Constituição Federal com redação dada pela EC nº 19, suspendendo os efeitos do citado artigo e gerando, conseqüentemente, o restabelecimento do regime jurídico único, nos moldes publicados em 07/03/2008, *verbis*:



"(...) 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. **Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público.**

2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional.

3. **Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso.** (...) 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido. (STF - ADI 2135 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE (ART.38,IV,b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00081 RTJ VOL-00204-03 PP-01029) (grifo nosso)

Desta forma, restabelecido o regime jurídico único por meio de decisão judicial, resta vedada, desde **07/03/2008** até o julgamento final do mérito da ADI 2135, a utilização de regimes diversos concomitantemente, tais como o celetista e o estatutário. Encontrando-se, não obstante, resguardadas às contratações anteriores a esta data.

Portanto, a partir da publicação da decisão acima especificada o Município deve aplicar aos ACS's e ACE's o regime jurídico único adotado na esfera municipal.



5. Da Vedação de Contratação Temporária e a da Excepcionalidade do Interesse Público

Com efeito, é importante ressaltar que vício muito comum identificado em vários municípios é a realização de Processo Seletivo Público (PSP) para os agentes (ACS ou ACE) dando origem a contrato temporário (art. 37, IX da CF).

Referida prática ainda é reflexo de procedimento anteriores à EC nº 51 e Lei nº 11.350/2006, devendo ser destacado que desde a entrada em vigor do art. 16 desta lei a contratação temporária ou terceirizada está **VEDADA**, *verbis*:

“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. (Redação dada pela Lei nº 12.994, de 2014)” (grifo nosso)

Destaque-se que eventualmente ocorrerão afastamentos temporários do serviço (por motivos de saúde, licença maternidade, para ocupar cargo eletivo, etc) e, em alguns casos, será necessária a substituição temporária do agente. Em tais casos, o município deverá observar o que determina a legislação local aplicável aos agentes.

6. Conclusão

Ante o exposto, conclui-se que a admissão de ACS e ACE deve ser precedida de processo seletivo público em substituição ao concurso, exceto para os profissionais que já exerciam atividades de ACE e ACS na data de promulgação da EC 51/06 (14/02/2006) e que tenham passado por algum processo de seleção que possa ser certificado. Deve-se observar, ainda, não ser cabível a contratação temporária ou terceirizada de ACS e ACE, salvo na



hipótese de combate a surtos epidêmicos, na forma da lei aplicável, bem como ser adotado o regime jurídico único (estatutário ou celetista) até o julgamento final da ADI 2135.

Brasília, 17 de agosto de 2017.

Assessoria Jurídica do Conasems