

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

DENISE BITTENCOURT FREIDRICH

GIOVANI DA SILVA CORRALO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Denise Bittencourt Freidrich, Giovani da Silva Corralo, Rogério Gesta Leal

– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-142-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :

Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Sem ter a pretensão de dizer algo desconhecido, o Direito Administrativo é uma área da ciência jurídica de grande conservadorismo. Tal assertiva justifica a relevância de construirmos um espaço de discussão e debate dos institutos jurídicos administrativos, haja vista a necessidade de passarem por uma releitura à luz de novos postulados e de novos paradigmas teóricos.

Sem sombra de dúvida, o grupo temático do CONPEDI denominado Direito Administrativo e Gestão Pública II oportunizou este espaço de discussão e de debate que giram em torno de temas jurídicos diretamente ligados ao interesse público e a valores sociais indissociáveis da dignidade da pessoa humana.

Em tal momento podemos refletir acerca da responsabilidade do Estado, bem como da responsabilidade dos advogados na condição de parecerista em procedimentos licitatórios. O tema da improbidade não poderia ter ficado de lado, como não ficou, especialmente no momento atual da história brasileira que, diariamente, notícias sobre corrupção são veiculadas nos espaços midiáticos. Por falar em corrupção, esta também teve um espaço privilegiado ao se discutir sobre possíveis efeitos da Lei Anticorrupção. Diretamente relacionado a ela, o dever de transparência e de informação do Estado, como forma de assegurar uma administração pública em conformidade com os princípios republicanos.

O ativismo judicial, que muitas vezes acaba fazendo as vezes da administração pública, ao assegurar determinado direito ao cidadão, e assim implementa, ou não (muitas discussões há sobre o tema) uma política pública, e tal situação assume impactos maiores se for no âmbito do espaço municipal, no qual a gestão dos recursos apresenta-se com maiores dificuldades que na esfera federal ou estadual, haja vista as atribuições que os municípios receberam do constituinte de 1988, sem, contudo, ter-lhes outorgado os devidos e necessários repasses financeiros. A escassez de recursos públicos também é deflagrada no pagamento dos precatórios, e aqui, mais uma vez, se revela uma postura do Poder Judiciário questionável, quando chamado a decidir da possibilidade de prorrogação dos prazos.

Notória e festejada transformação, passa a administração pública, ao não estar apenas vinculada a estrita legalidade de seus atos e decisões, mas deve sim guiar-se por valores

morais e éticos. Da mesma forma a procedimentalização da atividade administrativa, repleta de valores tais como o contraditório e a ampla defesa, a informalidade, entre tantos outros.

Esses e muitos outros temas estiveram na pauta dos debates que desenvolveram-se ao longo da apresentação dos trabalhos no XXIV Congresso do CONPEDI que ocorreu em Belo Horizonte e versou sobre o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade . Desejamos uma excelente leitura a todos!

Denise Bittencourt Friedrich

**A RELAÇÃO JURÍDICA DO AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POR UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**
**THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN THE COMMUNITY HEALTH AGENT
AND THE PUBLIC ADMINISTRATION: FOR A CONSTITUTIONAL
INTERPRETATION**

**Priscila Ramos Netto Viana
Marcela Pinto Ribeiro**

Resumo

O presente artigo trata do vínculo estabelecido entre o Agente Comunitário de Saúde - ACS e a Administração Pública, tendo em vista o tratamento *sui generis* conferido a esse servidor público pela emenda constitucional n. 51/2006 e pela Lei Federal n. 11.350/2006. A análise proposta parte das normas constitucionais e infraconstitucionais que regem o ACS e o Sistema Único de Saúde - SUS, em cotejo com o comando constitucional de acesso aos cargos e empregos públicos por concurso público, na perspectiva da nova hermenêutica constitucional. Será analisado também se a interpretação a ser conferida às normas que regulam as relações entre o Agente Comunitário de Saúde e a Administração Pública observa o princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Objetiva-se, assim, minorar a insegurança jurídica que permeia essa relação no cotidiano da maioria dos Municípios brasileiros, que ora entendem que o vínculo estabelecido com o Agente Comunitário de Saúde, embora não seja temporário, tem natureza precária, ora conferem a esse servidor público as mesmas prerrogativas dos servidores públicos estáveis. Para alcançar o objetivo proposto, utilizar-se-á predominantemente as fontes teóricas, em uma abordagem compreensivo-exploratória.

Palavras-chave: Agente comunitário de saúde, Servidor público, Sistema único de saúde, Concurso público, Princípio da igualdade, Direito à saúde

Abstract/Resumen/Résumé

This article is about the relationship between the Community Health Agent and the Public Administration, in view of the *sui generis* treatment given to this government official by the constitutional amendment number 51/2006 and by the Federal Act number 11.350/2006. The analysis proposed begins from the constitutional and ordinary legislations about the Community Health Agent and the Public Health System, comparing it with the constitutional rule about the access to public positions by public contest, considering the perspective of the new constitutional hermeneutics. It will be also analysed if the legislation that rules the relationship between the Community Health Agent and the Public Administration follows the principle of equality provided for in article 5o of the Federal Constitution. Thereby, the aim is to reduce the legal uncertainty that permeates this relationship in the daily life of most of Brazilian municipalities, that further considers that the link established with the Community

Health Agent, although its not a temporary one, has a precarious nature, or further gives to this government official the same prerogatives as those granted to the stable government officials. To achieve the proposed aim, it will be used mostly theoretical sources, in an comprehensive and exploratory approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Community health agent, Government official, Public health system, Public contest, Principle of equality, Right to health

Introdução

O Sistema Único de Saúde conta, para o cumprimento dos seus objetivos, com os Agentes Comunitários de Saúde, recurso humano fundamental para a execução da Política Nacional de Atenção Básica (PNAB).

A Portaria n. 2.488/2011 do Ministério da Saúde, que “*Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS)*” define a atenção básica como um conjunto de ações de saúde, desenvolvidas, dentre outras práticas, sob forma de trabalho em equipe nas populações de territórios definidos, considerando a dinamicidade e as peculiaridades existentes no território em que vivem essas populações. Suas ações são executadas o mais próximo possível da vida das pessoas, sendo, portanto, o contato preferencial dos usuários, a principal porta de entrada e centro de comunicação da rede de atenção à saúde.

Dentro desse contexto, cabe ao Agente Comunitário de Saúde assegurar o cumprimento de alguns dos princípios que informam a execução da Política Nacional de Atenção Básica, dentre os quais destacam-se, sobretudo, os princípios do vínculo, da continuidade do cuidado e da corresponsabilização¹.

Por isso, desde a implantação do Programa de Agentes Comunitários de Saúde – PACS e de acordo com a sua posterior normatização específica, é exigência fundamental do Programa que os Agentes Comunitários de Saúde trabalhem com adscrição de famílias em base geográfica definida, sendo que tais agentes devem residir nessa mesma base geográfica de atuação.

Até a promulgação da emenda constitucional n. 51/2006, os Agentes Comunitários de Saúde eram, em geral, contratados temporariamente pelos Municípios, mediante seleção simplificada. Não se reconhecia, portanto, ao Agente Comunitário de Saúde, o status de servidor público *stricto sensu*², aplicando-se a eles a disciplina dos contratados temporários, nos termos do art 37, IX da Constituição Federal.

¹ Tais princípios são observados quando o ACS desenvolve uma relação próxima com o usuário do SUS, garantindo assim a continuidade das ações de saúde e servindo como referência para o seu cuidado. O vínculo implica em construção de relações de afetividade e confiança entre o ACS e o usuário, aprofundando o processo de corresponsabilização construído ao longo do tempo. A forma de atuação do ACS possibilita o acompanhamento permanente do usuário, dos efeitos das intervenções já realizadas e de outros aspectos na vida do usuário, permitindo um conhecimento de sua história de vida, o que influi diretamente na promoção de sua saúde.

² Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito estrito de servidor Público abarca somente aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais (Entes federados, suas autarquias e fundações de Direito Público), sob a forma de cargo ou emprego público, de provimento efetivo. (2006, p. 231)

A regulamentação da citada emenda constitucional pela Lei Federal n. 11.350/2006 e sua posterior alteração (Lei Federal n. 12.994/2014) alterou substancialmente essa dinâmica, já que o art. 16 proíbe expressamente a contratação temporária dos Agentes Comunitários de Saúde.

Instalou-se, assim, grande celeuma acerca do regime jurídico ao qual se submete o Agente Comunitário de Saúde, já que, em virtude da necessidade de o mesmo residir em sua área de atuação, ele não é selecionado, a rigor, via concurso público, mas sim por processo seletivo público. Ao mesmo tempo, a sua legislação de regência garante-lhe piso salarial, plano de carreiras e outras garantias próprias do regime jurídico aplicável aos servidores públicos efetivos.

Diante deste panorama, o presente artigo busca responder às seguintes indagações: Qual a natureza jurídica do vínculo estabelecido entre os Agentes Comunitários de Saúde e a Administração Pública? O fato desses servidores se submeterem a processo seletivo público e não ao concurso público, nos termos do art. 37, II da Constituição Federal de 1988, aliada à proibição expressa de contratação temporária da legislação de regência para esses profissionais, garante a eles alguma estabilidade ou “efetivação” em cargo/emprego público? Na hipótese de se entender que o Agente Comunitário de Saúde equipara-se ao servidor público *strictu sensu*, tal interpretação estaria em conformidade com o princípio da igualdade?

Certo é que a celeuma exposta demonstra, em uma análise preliminar, a falência dos métodos interpretativos tradicionais do ordenamento jurídico. Tal insuficiência pode, em parte, ser atribuída ao “fetichismo da regra”, de acordo com a autora Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 31), visão ainda presente em diversos operadores do direito e até mesmo na hodierna jurisprudência, ainda imbuídos de uma cultura positivista que já não corresponde aos anseios de uma sociedade pluralista de um Estado Democrático de Direito.

Por esta razão, é que adotar-se-á neste trabalho, como pano de fundo, a nova hermenêutica constitucional para conferir à legislação que rege o Agente Comunitário de Saúde uma interpretação conforme a Constituição, sem se descuidar da observância do princípio da igualdade, enquanto princípio de dimensão constitucional que rege o acesso aos cargos e empregos públicos.

O tratamento constitucional e legal conferido ao agente comunitário de saúde

Faz-se necessário, de maneira preliminar, a reprodução das normas que tratam do Agente Comunitário de Saúde, para então, a partir dessa conformação normativa, delinear os elementos que nos guiarão às respostas buscadas no presente artigo.

A Constituição Federal de 1988, por meio das Emendas de n. 51/2006 e 63/2010, assim definiu a disciplina jurídica dos Agentes Comunitários de Saúde:

Emenda Constitucional n. 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." (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.*

Emenda Constitucional n. 63/2010:

Art. 1º O § 5º do art. 198 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 198.

(...)

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

Em decorrência das alterações constitucionais supracitadas, foi editada a Lei Federal n. 11.350/2006, recentemente alterada Lei Federal n. 12.994/2014. Destaca-se desta Lei as seguintes regras:

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. 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

§ 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. 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.

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.

Art. 9º-A. O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias para a jornada de 40 (quarenta) horas semanais.

§ 1º...

§ 2º A jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas exigida para garantia do piso salarial previsto nesta Lei deverá ser integralmente dedicada a ações e serviços de promoção da saúde, vigilância epidemiológica e combate a endemias em prol das famílias e comunidades assistidas, dentro dos respectivos territórios de atuação, segundo as atribuições previstas nesta Lei.

(...)

Art. 9º-G. Os planos de carreira dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias deverão obedecer às seguintes diretrizes:

I - remuneração paritária dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias;

II - definição de metas dos serviços e das equipes;

III - estabelecimento de critérios de progressão e promoção;

IV - adoção de modelos e instrumentos de avaliação que atendam à natureza das atividades, assegurados os seguintes princípios:

a) transparência do processo de avaliação, assegurando-se ao avaliado o conhecimento sobre todas as etapas do processo e sobre o seu resultado final;

b) periodicidade da avaliação;

c) contribuição do servidor para a consecução dos objetivos do serviço;

d) adequação aos conteúdos ocupacionais e às condições reais de trabalho, de forma que eventuais condições precárias ou adversas de trabalho não prejudiquem a avaliação;

e) direito de recurso às instâncias hierárquicas superiores.

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.

Parágrafo 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. 14. O gestor local do SUS responsável pela contratação dos profissionais de que trata esta Lei disporá sobre a criação dos cargos ou empregos públicos e demais aspectos inerentes à atividade, observadas as especificidades locais.

(...)

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.

Partiremos das normas cá reproduzidas para o desenvolvimento de nossa análise. Porém, mister se faz um breve esboço histórico do tratamento do ACS no ordenamento jurídico brasileiro.

Breve histórico do tratamento anterior do Agente Comunitário de Saúde no ordenamento jurídico brasileiro

A primeira regulamentação acerca da atividade dos ACS, sem considerarmos as diversas Portarias e Normas Operacionais Básicas que regulam o SUS, remonta ao ano de 1999, quando o Decreto Federal nº 3.189 fixou diretrizes para o seu exercício no âmbito do Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS). Neste regulamento, consta a exigência, já presente em atos infralegais anteriores, de o Agente Comunitário de Saúde residir na própria comunidade em que atuar e a previsão quanto à prestação de serviços com vínculo direto ou indireto com o Poder Público local, consoante o texto dos artigos 3º e 4º:

Art. 3º O ACS deve residir na própria comunidade, ter espírito de liderança e de solidariedade e preencher os requisitos mínimos estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

Art. 4º O ACS prestará seus serviços, de forma remunerada, na área do respectivo município, com vínculo direto ou indireto com o Poder Público local, observadas as disposições fixadas em portaria do Ministério da Saúde.

A este regulamento seguiu-se a criação da profissão de Agente Comunitário de Saúde, pela Lei n. 10.507/2002, a qual deveria ser exercida exclusivamente no âmbito do SUS. Nesta lei foram mantidas as regras mestras do Decreto nº 3.189/1999, isto é, a residência do Agente Comunitário de Saúde na área da comunidade em que atuar e a vinculação direta ou indireta ao gestor local do SUS.

A Lei nº 10.507/2002 não dispôs sobre a forma ou o regime jurídico de vinculação do Agente Comunitário de Saúde ao gestor local do SUS. Por isso o Ministério da Saúde editou a Portaria MS nº 2.430/2003, para criar o Comitê Nacional Interinstitucional de Desprecarização do Trabalho no SUS, “*considerando a necessidade de emissão de normas e instituição de mecanismos para viabilizar a desprecarização da força de trabalho na área de saúde*”.

Depois dessa iniciativa, vieram as emendas constitucionais e leis ordinárias que deram o atual contorno do regramento jurídico a que se submentem os ACS, regramento este que ainda não consegue resolver as dúvidas que permeiam esse peculiar agente público.

Das aparentes incongruências existentes no atual regime jurídico do Agente Comunitário de Saúde

Em princípio, temos um servidor público que não se submete a um concurso público *stricto sensu*, mas sim a um processo seletivo de provas, já que quem não reside nas áreas de atuação das equipes de saúde da família não poderá participar da seleção pública.

A primeira pergunta seria: esse processo seletivo, se obedecidos os demais requisitos inerentes ao concurso público, teria o condão de permitir o acesso dos candidatos a “cargos” ou “empregos públicos” de agente comunitário de saúde?

Caso a resposta a esta primeira pergunta seja afirmativa, estariam também os Agentes Comunitários de Saúde sujeitos ao estágio probatório e, depois dele, à chamada estabilidade constitucional?

Em segundo lugar, pergunta-se: os motivos específicos que ensejam a extinção do vínculo direto entre o ACS e o Município, conforme preconizado na Lei Federal n. 11.350/2006³, por si só, descaracterizariam a sua condição de servidor público?

Por fim, caso a resposta às duas primeiras perguntas seja negativa, poder-se-ia aceitar uma espécie híbrida de servidor público, que no caso da opção pelo regime estatutário, desempenha uma função pública, a exemplo do que ocorre nas contratações temporárias por excepcional interesse público mas, ao mesmo tempo, faz jus a uma carreira e sujeita-se ao estatuto dos servidores municipais?

Importante, neste contexto, citarmos as dúvidas que pairam sobre a doutrina e a celeuma instalada nos debates jurídicos quanto a esta material.

Luciane Cardoso Barzotto, em artigo intitulado “Terceiro Setor, Saúde e Trabalho: entre função social e estrutura jurídica, a situação jurídica do Agente Comunitário de Saúde” (2011, p. 207 e ss), assim coloca:

“Do conjunto de regras aplicáveis ao ACS, verifica-se que ele é um servidor celetista, perante a administração pública, mas são ainda discutíveis quais direitos lhe são inerentes. (p. 232)

A par de digressões morais, constata-se que o agente público ACS não é um servidor de fato, como os que são contratados irregularmente pela Administração Pública, mas tem peculiaridades na sua contratação e ação. (p. 235)

Com a EC 51/06 forjou-se uma nova categoria de servidor, um agente público *sui generis*, exercente de uma função pública, embora sem cargo público: o Agente Comunitário de Saúde. (...) A EC 51/06 trouxe a flexibilização na forma de ingresso desse servidor especial no serviço público, reduzindo o concurso público a uma seleção simplificada.” (p. 252).

A Procuradoria do INSS, em recente parecer datado de janeiro de 2015, entendeu que os Agentes Comunitários de Saúde, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 51, de

³Vide art. 10.

2006, serão contratados por meio de processo seletivo público, e poderão validamente ocupar empregos públicos, sob o regime jurídico da CLT, ou cargos públicos, sob o regime jurídico estatutário:

Neste ponto, poder-se-ia dizer que é inválida a investidura em cargo efetivo mediante processo de seleção pública, visto que não se equipara a concurso público de provas ou de provas e títulos, como exige o inciso II do art. 37 da Carta Magna. Mas, o poder constituinte derivado reformador, ao promulgar a EC nº 51, de 2006, acrescentando os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição, e a EC nº 63, de 2010, atentou para a singularidade das atividades do ACS e do ACE no âmbito do SUS, visando a criar um elo entre a comunidade e os serviços de saúde, mediante a construção de relações de afetividade e confiança, com adscrição de famílias à Unidade Básica de Saúde – UBS, sendo fundamental para este fim o requisito da residência do ACS na própria comunidade em que atuar.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 298):

Registre-se que a Emenda Constitucional 51, de 14.2.2006, incluiu um § 5º no art. 198 (regulamentado pela Lei 11.350, de 5.10.2006), por força do qual ficou prevista a admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias mediante processo seletivo público. Ninguém sabe exatamente o que seja processo seletivo público. Esta expressão surgiu para designar, no passado, o concurso efetuado para admissão a empregos (isto é, quando se tratava de cargos a serem providos). Hoje, como se viu, a Constituição exige concurso público tanto para cargos quanto para empregos. Tais procedimentos eram mais céleres, menos burocratizados que os costumeiros nos concursos públicos, mas é impossível precisar com rigor quais as diferenças, em relação a eles, suscetíveis de serem aceitas sem burla ao princípio da impessoalidade. Assim, quando a Emenda 51 - tecnicamente lastimável - fala em processo seletivo público, ter-se-á de entender que não poderia revogar a igualdade de todos perante a lei (cláusula pétrea, por se alojar entre os direitos e garantias individuais, conforme o art. 60, § 4º, IV, da CF) e, a fortiori, perante as possibilidades de ingresso no serviço público. Logo, o tal processo seletivo terá de apresentar características similares às de um concurso público, podendo apenas simplificá-lo naquilo que não interfira com a necessária publicidade, igualdade dos concorrentes e possibilidade de aferirem a lisura do certame. Será obrigatório, ainda, que as provas ou provas e títulos guardem relação com a natureza e a complexidade do emprego."

A posição de José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 512) não diverge do entendimento acima citado:

A Emenda Constitucional n. 51, de 14.2.2006, introduzindo o §4º ao art. 198 da CF, consignou que os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias podem ser recrutados pelos gestores locais do sistema único de saúde através de processo seletivo público, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos para seu desempenho, estendendo-se o alcance da norma à contratação direta por Estados, Distrito Federal e Municípios, ressalvadas leis especiais desses entes. À primeira vista, tal processo seletivo não seria o mesmo que o concurso público de provas e títulos, assim como previsto no art. 37, II, da CF, parecendo ter-se admitido procedimento seletivo simplificado - exceção ao princípio concursal. A legislação regulamentadora, porém, aludiu a processo seletivos de provas ou de provas e títulos, o que espelha o concurso público. A expressão empregada no novo texto, além de atécnica, só serviu para suscitar dúvida no intérprete: na verdade, bastaria que o Constituinte se tivesse referido simplesmente ao concurso público - instituto já com definição própria e imune a tais dúvidas.

Por fim, existem ainda autores que apontam para a inconstitucionalidade das aludidas emendas constitucionais, como Antônio Carlos Alencar Carvalho:

Percebe-se, de pronto, que o art. 2º, parágrafo único, da Emenda 51/2006, viola gravemente o princípio republicano, bem como o princípio da isonomia, na medida em que favorece um determinado grupo de indivíduos, agraciando-os com um cargo-emprego público permanente de agente comunitário de saúde ou de combate às endemias nos quadros da Administração Pública, sem qualquer exigência de aprovação em procedimento público legitimamente disputado com outros cidadãos possivelmente interessados, o que não pode ser admitido na ordem constitucional brasileira.

Tadahiro Tsubouchi, assim se manifesta sobre a figura do Agente Comunitário de Saúde, em parecer jurídico intitulado: Agente Comunitário De Saúde (Acs) – Ec 51 – Lei 11.350/06 Processo Seletivo:

Fosse aplicável o concurso público aos agentes, deveria a alteração legislativa constitucional ser realizada no inciso II do Art. 37 da CF, a qual trata efetivamente de concurso público para a ocupação de cargos públicos.

(...)

Não se pode confundir concurso público com processo seletivo público. Não são expressões equivalentes, sendo uma atecnia emprestar-lhes o mesmo valor.

Aqui vale o destaque que, a bem da verdade, tal procedimento surgiu da impossibilidade jurídica-constitucional da realização de concurso público para o agente comunitário de saúde (ACS) já que é conditio sine qua non para a sua atividade residir na localidade onde atuar, sendo esta exigência flagrante ofensa ao princípio da isonomia e acessibilidade aos cargos públicos, conforme determina o inciso I do Art. 37 da CF.

Como visto o ACS não se submete a concurso público e, portanto, no entender desse parecerista, deverá ser analisado como um ocupante de função pública, não de cargo público.

Dessa constatação decorrem duas conseqüências:

1 – Não será considerado servidor efetivo (=ocupante de cargo público, aprovado em concurso público, devidamente empossado e que entrou em exercício) e;

2 – Não alcançará a estabilidade constitucional do Art. 41 da CF, após a aprovação em estágio probatório de 3 (três) anos, já que tal benefício somente é destinado aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, verbis:

(...)

... Logo nesse caso, entendo que deverá o agente (ACS/ACE) ser “nomeado” e tomar posse na “função pública” de ACS, com a inscrição nos livros próprios do ente público.

A única certeza, até este momento, é que o Agente Comunitário de Saúde não tem mais um vínculo temporário e precário com a Administração Pública e, não pode, por exemplo, ser exonerado de ofício, sem a observância dos princípios do contraditório e ampla defesa. Apenas aqueles Agentes Comunitários de Saúde que não se submeteram a processo seletivo público podem ser desligados unilateralmente da Administração, sem prévio processo administrativo, e por outros motivos que não os elencados na Lei Federal nº 11.350/2006. Nesse sentido, temos recente jurisprudência do TJMG:

Agravo de Instrumento-Cv 0493993-10.2014.8.13.0000 (1)

Relator(a): Des.(a) Jair Varão. Data da publicação da súmula: 06/03/2015.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE - MUNICÍPIO DE PADRE PARAÍSO - LEI Nº. 11.350/06. A dispensa do agente comunitário de saúde contratado por tempo indeterminado após prévia aprovação em processo seletivo, sob pena de ilegalidade,

deve ocorrer somente quando configurada qualquer das situações previstas no art. 10 da Lei nº. 11.350/06.

Apelação Cível 0006511-64.2013.8.13.0440 (1)

Relator(a): Des.(a) Alyrio Ramos. Data da publicação da súmula: 17/11/2014.
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. MUNICÍPIO DE MUTUM. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. DECURSO DO PRAZO. RENOVAÇÃO COMPULSÓRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. - O agente comunitário de saúde contratado anteriormente à vigência da Lei 11.350/06 não tem direito à estabilidade, tampouco à renovação compulsória do contrato por tempo determinado, sendo a sua manutenção na função mera faculdade concedida ao ente federado até a realização de processo seletivo público.

A forma de acesso aos cargos/empregos de Agente Comunitário de Saúde e a sua interpretação conforme a constituição

Para definirmos a exata caracterização do Agente Comunitário de Saúde no ordenamento jurídico brasileiro e, assim, ser capaz de responder de forma acertada aos questionamentos propostos, importante, primeiro, verificar se as Emendas Constitucionais que estabeleceram o tratamento diferenciado ao Agente Comunitário de Saúde são constitucionais ou não.

O poder de reforma da Constituição Federal, decorrência do poder constituinte derivado, apresenta limitações constantes do próprio texto constitucional originário. Isto porque a sua função, nas palavras de Luis Roberto Barroso (2015, p.181), embora seja a de *“permitir a adaptação do texto constitucional a novos ambientes políticos e sociais, preservando-lhe a força normativa e impedindo que seja derrotado pela realidade”*, não pode alterar a essência do texto constitucional, devendo assegurar, em última análise, sempre a sua *“continuidade e identidade.”*

Os textos constitucionais, assim, não são sempre perenes, e nem assim poderia ser, pois, do contrário, tornar-se-iam um instrumento inerte face às novas realidades e demandas sociais. Verifiquemos, pois, se as Emendas Constitucionais n. 51/2006 e n. 63/2010, ferem algum limite material à manutenção da essencialidade da Constituição.

Os limites materiais estão na Constituição Federal de 1988 identificados nas chamadas cláusulas pétreas ou cláusulas de intangibilidade, que são identificadas expresamente pelo art. 60, § 4º ou, de forma implícita ou imanente, em outros dispositivos constitucionais. Os limites explícitos seriam: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Segundo magistério de Luis Roberto Barroso (2015, p. 201), as normas implícitas que igualmente limitam o poder revisor seriam as relativas aos direitos fundamentais, ao titular do poder constituinte originário, ao titular do poder reformador e ao procedimento que disciplina o poder de reforma.

Antes de desenvolver o raciocínio proposto, importante lembrar que, segundo um dos pilares da nova hermenêutica constitucional sempre que a inconstitucionalidade não se mostrar evidente e havendo possibilidade razoável de se considerar a norma como válida, deve o intérprete buscar compatibilizar a norma com a Constituição, de modo a manter o preceito em vigor, vez que a presunção é sempre pela constitucionalidade, mormente, na hipótese de emendas à Constituição.

Não há dúvida de que a norma prescrita nos incisos I e II do art. 37 é um limite

material ao poder reformador, na medida em que se consubstancia como direito fundamental de todos os interessados que almejam ingressar no serviço público. Vejamos a sua redação:

I- os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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.

Conforme se conclui do próprio texto constitucional, para que haja a garantia da acessibilidade ao cargo ou emprego público, há que se observar os requisitos estabelecidos em Lei. Muitas as vezes a lei cria fatores discriminantes que, a princípio, infringiriam o princípio da igualdade. Todavia, das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 41/42), em sua obra intitulada Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, podemos inferir que tal discriminação nem sempre será inconstitucional e pode conviver com o princípio da igualdade, desde que cumpridos os seguintes requisitos: que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços nelas residentes, diferenciados; que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação do tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional- para o bem público.

O poder constituinte reformador, ao determinar, na EC n. 51/2006, que os Agentes Comunitários de Saúde possam ser admitidos por processo seletivo público, criou, à primeira vista, uma regra diferenciada para que esse agente público possa estabelecer um vínculo direto com a administração pública. Também no art. 198 do texto constitucional existe a previsão de que o Agente Comunitário de Saúde poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

Assim, a intenção foi inequívoca de que, na opção pelo regime estatutário, o Município, ao promover processo seletivo público de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação, tenha agentes públicos investidos em “*cargos públicos.*” A EC n. 63/2010 corrobora tal entendimento, ao estabelecer o comando para o legislador ordinário para dispor sobre regime jurídico, piso salarial e diretrizes para os Planos de Carreira dos ACS, todos esses institutos típicos de servidores

efetivos.

A disciplina definida pelo poder reformador não se coaduna, assim, com a figura do ocupante da função pública. Isto porque o conceito de função pública remete-nos ao conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou individualmente a determinados servidores, no exercício de serviços eventuais. Tal conceito é extraído do próprio texto constitucional, pela leitura dos arts. 37 e 39, e já se encontra sedimentado em nossa doutrina e jurisprudência.

Destarte, podemos ter as seguintes situações envolvendo a figura das funções públicas: funções públicas permanentes e peculiares a determinados cargos, a serem exercidas por servidor efetivo; funções públicas temporárias ou eventuais, estas que excepcionalmente serão exercidas, na lógica do art. 37, IX da C.F., sem corresponderem exatamente a um cargo pertencente ao corpo funcional de determinado órgão; funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores efetivos.

Portanto, por se tratar de uma atividade permanente, as funções a serem desempenhadas pelos Agentes Comunitários de Saúde não se enquadram como funções públicas eventuais e nem tampouco como funções de confiança, demandando, portanto, a existência de cargos ou empregos públicos para a sua adequada conformação.

Ora, como admitir, então, o provimento de cargos públicos de ACS, via processo seletivo?

A EC n. 51/2006 determinou que o processo seletivo deve ser realizado de acordo com a natureza e complexidade das suas atribuições e requisitos para sua atuação.

A Lei Federal n. 11.350/2006, em obediência ao art. 198 e ao art. 37 da Constituição Federal, estabeleceu, por sua vez, que a seleção dar-se-á por meio de provas ou de provas e títulos, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Todos os requisitos acima elencados encaixam-se, *ipsis literis*, na figura do concurso público: processo seletivo público; seleção mediante provas ou provas e títulos; seleção que obedeça aos princípios constitucionais inerentes à administração pública; seleção a ser realizada de acordo com a natureza e complexidade das atribuições e requisitos para a respectiva atuação.

Assim, não é qualquer processo seletivo que garante aos interessados o ingresso no serviço público nos quadros de agente comunitário de saúde. O processo seletivo deve ter, sem sombra de dúvidas, todas as características inerentes ao concurso público, seja porque assim o texto constitucional reformador assim determinou, seja ainda em virtude da própria

legislação ordinária de regência.

Aqui, já podemos concluir que, não obstante a emenda constitucional refira-se a processo seletivo público, estamos diante de um verdadeiro concurso público, que, entretanto, apresentará uma peculiaridade. Apenas um dos requisitos inerentes à disciplina do concurso público encontra-se ausente nesta hipótese de processo seletivo para a escolha de Agentes Comunitários de Saúde: o direito de acesso aos cargos por qualquer brasileiro.

A necessária (des)igualdade para a garantia do direito à saúde

A exigência de residência em determinada área/localidade, a ser definida pelo gestor local do SUS acabou por criar um concurso público destinado apenas a uma parcela da comunidade local.

Aqui, cabe-nos verificar, segundo os pressupostos lançados por Celso Antônio Bandeira de Mello (2004), se tal discriminante seria compatível ou não com o princípio da igualdade expresso no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

A lei e o poder constituinte reformador não podem ser fontes de privilégios ou perseguições. Não se pode, pois, admitir tratamento legal diferenciado para situações equivalentes, ou vice versa. Assim, que tipo de desigualdade permite a discriminação em lei, de situações ou de pessoas, sem agressão aos objetivos prescritos no princípio constitucional da igualdade?

A princípio, qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser eleito pela lei como fator discriminatório. Para tanto, todavia, faz-se necessária a existência de um vínculo de correlação lógica entre o elemento diferencial e o tratamento desigual, sendo certo ainda que tal correlação não pode ser incompatível com interesses prestigiados pela Constituição Federal.

No caso em comento, o *discrímen* não é o acesso a um cargo público por meio de processo seletivo, já que, este, em última instância, nada mais é do que um concurso público. O fator eleito para desigualar o acesso a determinado cargo público (Agente Comunitário de Saúde) é o fator residência no local de atuação. Devemos, pois, examinar se existe alguma inconstitucionalidade em eleger determinado grupo de pessoas em abstrato para participar de um concurso público, que, em regra, deveria ser aberto a todos os brasileiros.

Cumpre-nos perquirir sobre a justificativa constitucional, legal e/ou de política pública para determinar essa situação específica. Vejamos assim o tratamento constitucional conferido ao direito à saúde, no que nos interessa:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(...)

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:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

(...)

Em resumo, verifica-se que a ação prioritária determinada pela Carta Magna para a garantia do direito à saúde é a sua promoção por meio de atividades preventivas, através de um sistema único de saúde descentralizado e que conte com a participação social.

Retomando a definição das características que informam a Política Nacional de Atenção Básica (Portaria 2.388/2011), temos:

I - ter território adstrito sobre o mesmo, de forma a permitir o planejamento, a programação descentralizada e o desenvolvimento de ações setoriais e intersetoriais com impacto na situação, nos condicionantes e determinantes da saúde das coletividades que constituem aquele território sempre em consonância com o princípio da equidade;

II - (...)

III - adscrever os usuários e desenvolver relações de vínculo e responsabilização entre as equipes e a população adscrita garantindo a continuidade das ações de saúde e a longitudinalidade do cuidado. A adscrição dos usuários é um processo de vinculação de pessoas e/ou famílias e grupos a profissionais/equipes, com o objetivo de ser referência para o seu cuidado. O vínculo, por sua vez, consiste na construção de relações de afetividade e confiança entre o usuário e o trabalhador da saúde, permitindo o aprofundamento do processo de corresponsabilização pela saúde, construído ao longo do tempo, além de carregar, em si, um potencial terapêutico. A longitudinalidade do cuidado pressupõe a continuidade da relação clínica, com construção de vínculo e responsabilização entre profissionais e usuários ao longo do tempo e de modo permanente, acompanhando os efeitos das intervenções em saúde e de outros elementos na vida dos usuários, ajustando condutas quando necessário, evitando a perda de referências e diminuindo os riscos de iatrogenia decorrentes do desconhecimento das histórias de vida e da coordenação do cuidado;

IV - ...

V - estimular a participação dos usuários como forma de ampliar sua autonomia e capacidade na construção do cuidado à sua saúde e das pessoas e coletividades do território, no enfrentamento dos determinantes e condicionantes de saúde, na organização e orientação dos serviços de saúde a partir de lógicas mais centradas no usuário e no exercício do controle social.

Percebe-se assim, que a saúde plena só pode ser garantida mediante a implementação de estratégias que promovam a maior proximidade possível entre os Agentes Comunitários de Saúde e a comunidade no qual atuam, vez que estes são vistos como iguais perante os usuários do SUS e tal proximidade permite ao Agente Comunitário de Saúde conhecer o modo de vida de seus vizinhos, os seus hábitos, problemas etc., facilitando assim a criação de vínculos permanentes entre comunidade e servidores do SUS e a consequente responsabilização sanitária de uns perante os outros.

Daí temos a resposta à necessidade de se limitar o acesso aos cargos (agora já podemos falar assim) de Agente Comunitário de Saúde às pessoas residentes nas respectivas áreas de atuação de cada uma das equipes de atenção básica, no âmbito da estratégia de saúde da família. Essa é a melhor forma de assegurar a promoção da saúde, nos termos pautados pela Constituição Federal.

No caso em comento apresentam-se aparentemente colidentes duas normas constitucionais, a saber: a norma do art. 37, I e II e as normas dos arts. 196 e 198. Sabe-se que

em virtude da unicidade do texto constitucional, não há hierarquia entre suas normas, não se podendo falar em sobreposição de umas em relação a outras, mormente em se tratando de normas constitucionais originárias, como é o caso.

Portanto, impõe-se aqui a interpretação conforme a Constituição. Os direitos fundamentais não são de forma alguma absolutos ou incondicionais estando, portanto, sujeito a limites impostos pelo próprio texto constitucional ou pela lei ordinária, quando a própria Constituição assim o determina. Quando se está diante de uma colisão de direitos fundamentais, é imprescindível apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos e, assim, realizar uma interpretação que se coadune com a coexistência de ambos os valores constitucionais, conforme ensinamentos de Alexy (2008 p. 60-62).

Retomando a nossa análise concreta, a partir dos ensinamentos encartados, conclui-se que o *concurso setorizado para ACS* é inconstitucional apenas aparentemente. Isto porque essa condição discriminatória é indispensável para o cumprimento de um outro direito fundamental inserto em nossa carta Magna: o direito à saúde.

Temos assim que o direito de acesso de todos os brasileiros, via concurso público⁴, ao cargo de Agente Comunitário de Saúde (e apenas para esse cargo, o que denota a razoabilidade do poder constituinte reformador ao não estender tal discrimen aos demais cargos que compõem a equipe de saúde da família ou o núcleo de apoio à saúde da família), encontra um limite estabelecido na própria Constituição, que remete à lei ordinária a função de estabelecer os requisitos de acesso aos cargos públicos. Um desses requisitos, estabelecidos na Lei Federal n. 11.350/2006, cria um discrimen justificado pela necessidade de se conferir efetividade ao direito à saúde, na forma prescrita pela própria Constituição Federal. Não se trata de um privilégio a determinadas pessoas, destituído de qualquer vínculo concreto com o objetivo que se pretende atingir e nem tampouco representa valores contrários aos expressos na Constituição Federal.

⁴ Importante asseverar novamente que não se pode admitir a realização de um processo seletivo sem os caracteres essenciais de um concurso público: não cabe aqui falar de processo seletivo simplificado, por exemplo. Se essa premissa não for atendida, não há que se falar em constitucionalidade de seleção de Agente Comunitário de Saúde.

Conclusão

Após todas as considerações expostas, só podemos concluir pela constitucionalidade da atual disciplina legal que regula o tratamento conferido ao Agente Comunitário de Saúde, a partir de uma interpretação conforme a constituição e considerando a unicidade do texto constitucional.

O vínculo estabelecido entre os Agentes Comunitários de Saúde e a Administração Pública, sejam eles submetidos ao regime celetista ou estatutário é o mesmo vínculo que liga os servidores efetivos e empregados públicos ao Estado, quando aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Consequentemente, eles são considerados servidores efetivos e, como tal, estão sujeitos ao estágio probatório/estabilidade, aplicando-se-lhes ainda todos os direitos, deveres e obrigações constantes do Estatuto dos Servidores Municipais e de seu respectivo Plano de Carreiras e Vencimentos, aos quais se somam a disciplina específica prevista na Lei Federal n. 11.350/2006, disciplina esta, que por si só, não desnatura a sua condição de servidor público efetivo.

Não cabe, no ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie híbrida de servidor público que desempenhe uma função pública e ao mesmo tempo, faça jus a uma carreira. O próprio conceito técnico de carreira é incompatível com os regimes da função pública.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Portaria n. 2.488, de 21 de outubro de 2011. Política Nacional de Atenção Básica. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html>. Acesso em 10 ago. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 51, de 14 de fevereiro de 2006. Acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc51.htm> . Acesso em 10 ago. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 63, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o § 5º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre piso salarial profissional nacional e diretrizes para os Planos de Carreira de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc63.htm> . Acesso em 10 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.350, de 5 de outubro de 2006. Regulamenta o § 5º do art. 198 da Constituição, dispõe sobre o aproveitamento de pessoal amparado pelo parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional no 51, de 14 de fevereiro de 2006, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2006/11350.htm>>. Acesso em: 07 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.994, de 17 de junho de 2014. Altera a Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112994.htm>. Acesso em: 07 ago. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. Decreto n. 3.189, de 4 de outubro de 1999. Fixa diretrizes para o exercício da atividade de Agente Comunitário de Saúde (ACS), e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3189.htm>. Acesso em: 07 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.507, de 10 de julho de 2002. Cria a Profissão de Agente Comunitário de Saúde e dá outras providências (Revogada pela Lei nº 11.350, de 2006). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10507.htm>. Acesso em: 07 ago. 2015.

BRASIL. Portaria n. 2.430, de 23 de dezembro de 2003. Cria o Comitê Nacional Interinstitucional de Desprecarização do Trabalho no SUS e dá outras providências. Disponível em:

<http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/legislacao/arquivo/48_Portaria_2430_de_23_12_2003.pdf>. Acesso em 10 ago. 2015.

BARZOTTO, Luciane Cardoso, et. Al. **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. NOTA TÉCNICA Nº 09/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS. Regime jurídico de trabalho e regime previdenciário dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/02/NOTA-T%C3%89CNICA-n%C2%BA-09-22jan2015-Regime-previdenci%C3%A1rio-dos-ACS-e-ACE.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2015.

TSUBOUCHI, Tadahiro. Agente Comunitário De Saúde (Acs) – Ec 51 – Lei 11.350/06. Disponível em: <<http://www.cosemsg.org.br/index.php/pareceres/98-parecer-ac-ec-51-lei-1135006-processo-seletivo>>. Acesso em 10 ago. 2015.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A situação jurídica dos agentes comunitários de saúde, agentes de combate a endemias e outros. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12468/a-situacao-juridica-dos-agentes-comunitarios-de-saude-agentes-de-combate-a-endemias-e-outros#ixzz3jmJpG87D>>. Acesso em 10 ago. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: RT, 2015.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, et. Al. **Servidores Públicos na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.