

| | |
|-------------------------|--------|
| Proc. nº 09/200903/2021 | |
| Data: 30/03/2021 | Fl: 26 |
| Rubrica: | |

PARECER PG/PADM/013/2021/CR

Aplicação da Lei Federal nº 11.350/06, amparada nas emendas à Constituição Federal nºs 51/06 e 63/10 e autonomia municipal

Trata-se de processo encaminhado pela Secretaria Municipal de Fazenda e Planejamento, acerca da possibilidade da função de Agente Comunitário de Saúde ser exercida por empregados das organizações sociais contratadas pelo Município. Na impossibilidade de tal alternativa, foi questionado se a Empresa Pública de Saúde do Rio de Janeiro S/A – RIOSAÚDE poderia fazer tais contratações ou se imperiosa a efetivação de servidores na Administração Direta.

Tais indagações surgem ante ao teor das Emendas Constitucionais 51/06 e 63/10 e da Lei Federal nº 11.350/06, com respectiva atenção aos grifos, *in verbis*:

Emenda Constitucional 51/06:


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.”

Constituição Federal:

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

| | |
|--|--------|
| Proc. nº 09/200903/2021 | |
| Data: 30/03/2021 | Fl: 27 |
| Rubrica:  | |

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.”

Emenda Constitucional 63/10:

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.

“Lei Federal nº 11.350/06:

“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. 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”.

[...]

| | |
|-------------------------|--------|
| Proc. nº 09/200903/2021 | |
| Data: 30/03/2021 | Fl: 20 |
| Rubrica: | |

Procuradoria Administrativa

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.”

Diante das normas acima elencadas, a Pasta suscita dúvidas quanto à possibilidade da contratação de Agentes Comunitários de Saúde e de Combate às Endemias pelas Organizações Sociais, visto que esse é um dos modelos de gestão de saúde atualmente desenvolvido pelo Município.

Cumprе esclarecer, primeiramente, que o tema esbarra em discussão quanto à constitucionalidade desses atos normativos, razão pela qual a presente manifestação merece forma de Parecer¹.

A possível inconstitucionalidade abordada reside na violação de cláusula pétreia pelas EC 51/06, 63/10 e o vício de competência na Lei Federal nº 11.350/06, surgida no âmbito do Congresso Nacional, enquanto essa atribuição seria reservada ao Município.

O tema enfrentado não é novo no âmbito desta municipalidade, tendo sido enfrentada pela PROMOÇÃO PG/PTA/021/06-NCF, a qual deixou de ser aprovada, à época, pelo então Procurador-Geral do Município, com as seguintes conclusões em seu visto:

[...] **padece do mesmo vício o artigo 2º caput da referida Emenda Constitucional nº 51/2006, na medida em que impõe a Estados e Municípios a contratação direta de pessoal, o que, por óbvio, exige a prévia criação de cargos ou empregos públicos, por lei da entidade local.** Ora, se a criação de cargos, funções ou empregos públicos, assim como o respectivo regime jurídico, são matérias indiscutivelmente inseridas na competência privativa do Chefe do Executivo, segundo o art. 61, § 1º, “a” e “c”, da C.F., **sendo manifestação típica e ínsita à autonomia dos entes federados, não há**

¹ Art. 104, I, a) da Resolução PGM 1.005, de 29.06.2020 (RIPGM).

Procuradoria Administrativa

como compatibilizar a norma do art. 2º, caput, da EC 51/2006, com o princípio federativo, também protegido como cláusula pétrea, na forma do já aludido art. 60, § 4º, I, da C.F.

Em conclusão, **não está o Município obrigado a criar tais cargos ou empregos em sua estrutura da Administração Direta, nem tampouco, caso pretenda autonomamente criá-los em algum momento, poderá preenchê-los sem o indispensável concurso público.**

As ECs 51/06 e 63/10 criaram obrigações aos municípios com interferência na sua autonomia administrativa, visto dispor sobre a efetivação e a contratação de pessoal para desempenhar atividades de saúde preventiva nos municípios.

O Poder Constituinte Originário destacou um núcleo imodificável via de emenda constitucional, definindo-o no artigo 60, § 4º, da CRFB:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º **Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:**

I - **a forma federativa de Estado;**

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Por uma leitura e interpretação literal do artigo 60, § 4º, I e das emendas 51/06 e 63/10, poderia concluir pela sua constitucionalidade, visto que elas não declaram expressamente a abolição da forma federativa de Estado.

Todavia, o eminente constitucionalista José Afonso da Silva ensina que a menor pretensão atinente a modificar qualquer elemento da Federação, assim, por exemplo, a autonomia assentada na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de autoadministração, a qual retire dos entes administrativos parcela dessas

| | |
|-------------------------|--------|
| Proc. nº 09/200903/2021 | |
| Data: 30/03/2021 | Fl: 10 |
| Rubrica: | |

Procuradoria Administrativa

capacidades, por mínima que seja, indica a tendência a abolir a forma federativa de Estado².

Ou seja, não é preciso uma declaração expressa na emenda à Constituição a fim de abolir a forma federativa de Estado, bastando somente uma subtração da capacidade, por mínima que seja, a qual retire parte da sua autonomia.

A autonomia significa capacidade para poder gerir suas próprias diretrizes e negócios, dentro de um círculo atribuições prefixadas na Constituição Federal, poder distribuidor de competência às três esferas de governo, consolidando a forma federativa de Estado, núcleo imodificável resguardado por cláusula pétreia.


Nas palavras de José Afonso da Silva³, a autonomia municipal se assenta em quatro capacidades:

- (a) Capacidade de auto-organização, mediante a elaboração de lei orgânica própria;
- (b) Capacidade de autogoverno, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais;
- (c) **Capacidade normativa própria, ou a capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar.**
- (d) **Capacidade de autoadministração (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local).**

As normas vergastadas invadem a autonomia conferida aos municípios subtraindo a sua capacidade normativa própria, bem como sua capacidade autoadministrativa, disciplinando matérias de interesse local.

² Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. 24ª. Editora Malheiros. São Paulo. Pág. 67.

³ Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. 24ª. Editora Malheiros. São Paulo. Pág. 641

| | |
|-------------------------|--|
| Proc. nº 09/200903/2021 | |
| Data: 30/03/2021 | Fl:  |
| Rubrica: | |

Procuradoria Administrativa

Além do mais, houve vício de competência na Lei Federal nº 11.350/06, surgida no âmbito do Congresso Nacional, conquanto a matéria tratada na referida lei é reservada ao Município por se tratar basicamente de criação de cargo público. Nesta senda, existe, na Lei Orgânica do Município, **por simetria constitucional**, a seguinte disciplina:

Art. 30 Compete ao Município:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

[...]

IV - dispor sobre:

f) criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;

Assim, a usurpação da prerrogativa conferida aos Municípios conduz ao fenômeno conhecido por inconstitucionalidade material, seja da Emenda Constitucional, seja da Lei 11350/2016, estando passível de controle de constitucionalidade, que destituiria sua eficácia jurídica, eis que violadora da constitucional previsão da forma federativa de Estado. *

Tal ocorre porque, no ordenamento jurídico pátrio, a exigência de que os projetos de lei referentes a criação, a transformação e a extinção de cargos, empregos e funções públicas sejam de competência municipal, com expressa previsão na Lei Orgânica do MRJ⁴, como uma norma de reprodução obrigatória⁵ nas Constituições Estaduais e Federal.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, é trazida expressamente pelo art. 98, inciso V, da Constituição Estadual⁶. Já na Carta Política, o mesmo pode-se aferir no

⁴ Art. 30 Compete ao Município: I - legislar sobre assuntos de interesse local; [...]IV - dispor sobre: f) criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;

⁵ Normas de reprodução obrigatória são dispositivos da Constituição Federal de 1988 que, como o próprio nome indica, devem ser repetidos nas Constituições Estaduais.

⁶ Art. 98. Cabe à Assembleia Legislativa com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado nos artigos 99 e 100, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, entre as quais: [...]V - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 145, caput, VI, da Constituição;

Procuradoria Administrativa

art. 48, inciso X⁷. Uma leitura conjunta dos dispositivos impõe que a criação, transformação e extinção de cargos, empregos ou função pública é de competência exclusiva de cada ente da federação.

Além do mais, a Lei Federal em testilha invade competência deferida ao Exmo. Sr. Prefeito ao criar obrigações quanto a criação de cargos, empregos e funções na Administração Pública, como disciplina a Lei Orgânica do Município por simetria constitucional⁸⁹:

Art. 71. São de iniciativa privativa do Prefeito as leis que:

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos na administração direta e autárquica ou aumento, ou reajuste de sua remuneração

§ 2º A sanção do Prefeito convalida a iniciativa da Câmara Municipal nas proposições enunciadas neste artigo.

Desse modo, a obrigação contida nas Emendas Constitucionais nºs 51 e 63, bem como na Lei Federal nº 11.350/2006 de criação de carreira e de cargos no âmbito de outros Entes feriria a um só turno a autonomia dos Entes subnacionais, como também, a previsão de que a criação de cargos somente poderia partir do Chefe do

⁷ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...]X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

⁸ CRFB. Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

⁹ Constituição do Estado do RJ. Art. 112. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que: [...] II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica do Poder Executivo ou aumento de sua remuneração;

| | |
|-------------------------|--------|
| Proc. nº 09/200903/2021 | |
| Data: 30/03/2021 | Fl: 13 |
| Rubrica: | |

Procuradoria Administrativa

Executivo no exercício dos legítimos poderes a ele conferidos pela Constituição e, *in casu*, pela Lei Orgânica, não podendo tais atos normativos disporem a respeito do tema, restando flagrante a inconstitucionalidade formal. *

Por esta razão, caso aprovado o presente parecer e mantida o entendimento consubstanciado no visto do Procurador-Geral à pela PROMOÇÃO PG/PTA/021/06-NCF, cumpre a esta casa jurídica, na esfera de suas atribuições¹⁰, encaminhar a matéria ao conhecimento da chefia do Executivo para que delibere sobre a edição de Decreto que afaste a aplicação da norma, diante da manifesta inconstitucionalidade das normas apontadas. *

Essa possibilidade, além de autoexecutória, se dá com base no argumento de que a interpretação da Constituição (e neste caso, Constituições), não é monopólio do Poder Judiciário. No mesmo sentido entende o Supremo Tribunal Federal, chancelando a tese de possibilidade de descumprimento da lei reputada inconstitucional pelo Poder Executivo, mesmo porque inválida *ab ovo*, não devendo a Administração lavar as mãos diante de um ato normativo que se lhe afigure inconstitucional. - *partes*

Ressalte-se, por oportuno, que a prerrogativa do descumprimento da lei é reservada ao Chefe do Executivo com exclusividade¹¹.

A inconstitucionalidade, *in casu*, transparece exatamente pelo divórcio da competência para a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas e as Emendas Constitucionais 51/06 e 63/10 e a Lei Federal nº 11.350/06, com os preceitos da Lei Orgânica do Município, que tem como parâmetro a Constituição Estadual e também a Constituição Federal.

Tem-se, portanto, que ao instituir obrigação quanto à forma de contratação de Agentes Comunitários de Saúde e de Combate às Endemias, importando em criação de cargo público, fere a forma federativa de Estado, núcleo imodificável resguardado por cláusula pétrea, bem como a autonomia municipal assenta na capacidade normativa própria e autoadministrativa. *

¹⁰ Regimento Interno (Resolução PGM nº 1.005/2020), art. 1º, XV c/c art. 22, I.

¹¹ A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Gustavo Binenbojm. Ed. Renovar. Rio de Janeiro.

Procuradoria Administrativa

Desta forma, **opino pela fixação de entendimento de inconstitucionalidade das emendas à Constituição Federal 51/06, 63/10 e da Lei Federal nº 11.350/06** e submeto à apreciação do Ilmo. PG/SUBCONS, em razão dos arts. 1º, inciso XII¹² e 140 do Regimento Interno da PGM¹³, para que, caso concorde com a tese ora defendida, seja avaliada junto ao Exmo Sr. Prefeito a possibilidade de expedição de Decreto determinando o não cumprimento da Lei Federal nº 11.350/06 e das citadas emendas constitucionais, no que pertine à criação de cargo público de Agente Comunitário de Saúde e à vedação de agentes comunitários de saúde por meio de entidade terceirizada.

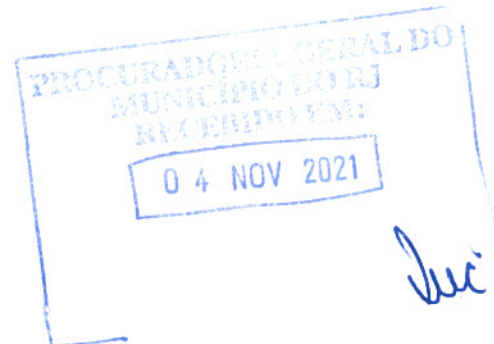
À PG/SUB/CONS.

Rio de Janeiro, 03 de novembro de 2021.

[assinatura]
CARLOS RAPOSO


Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

Mat. 11/221.206-6 – 113.571 – OAB/RJ



¹² Resolução PGM 1.005, de 29.06.2020: Art. 1º A Procuradoria Geral do Município (PGM), órgão central do Sistema Jurídico Municipal, diretamente vinculado ao Prefeito, exerce privativamente por seus Procuradores, com iguais deveres e direitos, nos termos da Lei Complementar nº 132, de 20 de dezembro de 2013, a representação judicial e a consultoria do Município, através das seguintes competências legais: XII - propor ao Prefeito o ajuizamento de representação para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos;

¹³ Resolução PGM 1.005, de 29.06.2020: Art. 140. O Procurador-Geral poderá orientar a Administração para o não cumprimento do texto legislativo, dado por inconstitucional ou ilícito em face da Lei Orgânica.

| | |
|---|-----------|
| Processo: 09/200.903/2021 | |
| Data: 30/03/2021 | Fl. 45 |
| Rubrica:  | |

VISTO PG/GAB/SUB/CONS/091/2021/RB

Senhor Procurador-Geral,

RELATÓRIO

Inaugura o presente processo administrativo, memorando da Diretoria de Planejamento da RioSaúde, que solicita à Diretoria de Gestão de Pessoas a instauração de procedimento indispensável à realização de concurso público, com vistas à contratação de Agentes Comunitários de Saúde, para atendimento nos termos do Convênio nº 002/2021, instrumentalizado no processo nº 09/000.675/2021. (fls. 02).

Segundo a minuta de Edital reunida aos autos (fls. 04-21), o concurso teria por finalidade tornar público estarem abertas as inscrições para Concurso Público de vagas e cadastro de reserva, destinado à contratação de pessoal, por tempo indeterminado, pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, para atuar nas Equipes de Saúde da família da Cidade do Rio de Janeiro (fls. 04).

Consta a fls. 23 informação da Diretoria de Gestão de Pessoas de que:

(I) o concurso público visa ao preenchimento de seis mil e vinte e cinco vagas de Agentes Comunitários de Saúde;

(II) a criação de vagas foi autorizada pelo Conselho de Administração da RioSaúde;

(III) por ora, tais vagas vêm sendo preenchidas por contratações realizadas na forma da Lei Municipal nº 1978/1993, que dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, no âmbito da Administração Pública Municipal direta, indireta e fundacional;

(IV) os empregos públicos serão custeados por meio de repasses oriundos de convênios celebrados com a Secretaria Municipal de Saúde;

(V) foi juntado quadro com a estimativa do custo mensal da despesa, orçada em R\$ 17.321.963,17 (dezessete milhões trezentos e vinte e um mil novecentos e sessenta e três reais e dezessete centavos);

(VI) é da competência da FP/SUBGGC/CGRH a seleção de pessoal com vistas ao ingresso no serviço público através de concurso e

(VII) uma vez autorizada, poderá ser avaliada a melhor forma de realização do certame público, quer por meio da FP/SUBGGC/CGRH, ou pela contratação de instituição específica para essa finalidade, conforme critérios a serem definidos conjuntamente pela SMS e pela RioSaúde.

Instada pelo despacho de fls. 27, a Coordenadoria Geral de Recursos Humanos – FP/SUBGC/CGRH opinou desfavoravelmente à abertura do concurso, ao argumento de que:

(I) a realização oportunizará expansão da receita corrente líquida acima do limite legal e

(II) o Decreto Rio nº 48.374/2021 suspendeu os concursos públicos novos e em andamento (fls. 30/31).

Ante o posicionamento contrário da FP/SUBGGC/CGRH, a Presidência da RioSaúde encaminhou ofício à FP/SUBGGC, requerendo fosse reavaliada a situação informada a fls. 31, com relação à realização de concurso público para o cargo de agente comunitário de saúde e oferecendo a possibilidade de a Empresa realizar a contratação de entidade para realização de concurso público (fls. 34).

Em seguida, a FP/SUBGGC pede esclarecimento jurídico acerca da viabilidade da função de agente comunitário, a serviço da SMS, oportunidade em que formula consulta à d. PG/PADM, com quesitos sobre:

(I) a viabilidade da função de agente comunitário, a serviço da Secretaria Municipal de Saúde, e que integra a estrutura das Clínicas da Família, ser exercida por empregados das organizações sociais contratadas pelo Município, para a gestão de algumas das suas estruturas e

(II) caso a função não possa ser exercida no bojo dos contratos de gestão, por empregados das OS, torna-se necessário saber se a RioSaúde pode fazer tais contratações de pessoal ou se imperiosa a efetivação dos servidores na Administração (fls. 35).

A Chefia da PG/PADM examinou a matéria por meio do Parecer PG/PADM/013/2021/CR, do i. Procurador do Município Carlos Raposo, tendo concluído que *“a obrigação contida nas Emendas Constitucionais nºs 51 e 63, bem como na Lei Federal nº 11.350/2006 de criação de carreira e de cargos no âmbito de outros Entes feriria a um só turno a autonomia dos Entes subnacionais, como também, a previsão de que a criação de cargos somente poderia partir do Chefe do Executivo no exercício dos legítimos poderes a ele conferidos pela Constituição e, in casu, pela Lei Orgânica, não podendo tais atos normativos dispor a respeito do tema, restando flagrante a inconstitucionalidade formal”* (fls. 42/43).

Em arremate, o Parecer PG/PADM/013/2021/CR opina pela fixação de entendimento de inconstitucionalidade das emendas à Constituição Federal 51/06, 63/10 e da Lei Federal nº 11.350/06 e defende que, se aprovado o presente parecer e mantido o entendimento consubstanciado no visto do Procurador-Geral à PROMOÇÃO PG/PTA/021/06-NCF, cumpre a esta casa jurídica, na esfera de suas atribuições, encaminhar a matéria ao conhecimento da chefia do Executivo para que delibere sobre a edição de Decreto que afaste a aplicação das normas de tais diplomas, diante de sua manifesta inconstitucionalidade.

É o relatório.

RAZÕES

Aprovo integralmente as conclusões expostas no Parecer PG/PADM/013/2021/CR.

Os questionamentos suscitados pela Pasta pressupõem a análise da constitucionalidade das normas insertas nas Emendas Constitucionais 51/06 e 63/10 e na Lei Federal nº 11.350/06, que, além de fazerem exigências aos municípios quanto à efetivação e à contratação de pessoal para desempenho de atividades de saúde preventiva, impõem também rigorosas diretrizes quanto à criação de cargo público. Ei-las:

Emenda Constitucional 51/06:

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.

Constituição Federal:

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.”

Emenda Constitucional 63/10:

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.

Lei Federal nº 11.350/06:

“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. 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”.

[...]

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.

Convém salientar que a questão de fundo já foi objeto de pronunciamento desta PGM, particularmente o Visto do Exmo. Senhor Procurador Geral à época, à PROMOÇÃO PG/PTA/021/06-NCF, no qual concluiu que:

(I) diante da cláusula constitucional do concurso público, que é corolário dos princípios constitucionais da publicidade, impessoalidade, moralidade e igualdade, não seria plausível admitir essa forma restrita de seleção para o primeiro ingresso no serviço público, ainda que inserida a previsão desse “processo seletivo” no corpo da Constituição, por meio de emenda, diante do disposto no art. 60, § 4º, IV, combinado com o § 2º do art. 5º, ambos da própria Lei Maior e

(II) não está o Município obrigado a criar tais cargos ou empregos em sua estrutura da Administração Direta, nem tampouco, caso pretenda autonomamente criá-los em algum momento, poderá preenchê-los sem o indispensável concurso público.

Como se vê, há muito esta PGM sedimentou o juízo de que padece de que o artigo 2º *caput* da referida Emenda Constitucional nº 51/2006, dever ser ligo em conformidade às cláusulas constitucionais do concurso público, da publicidade, impessoalidade, moralidade e igualdade, as quais assumem o elevado status de cláusula pétrea, na medida em que impõe a Estados e Municípios a contratação direta de pessoal, o que, por óbvio, exige a prévia criação de cargos ou empregos públicos, por lei do ente público local.

Se a criação de cargos, funções ou empregos públicos, assim como o respectivo regime jurídico, são matérias indiscutivelmente inseridas na competência privativa do Chefe do Executivo, na forma prevista na norma inserta no art. 61, § 1º, “a” e “c”, da Constituição Federal, não há como harmonizar a norma do art. 2º, *caput*, da EC

51/2006, com o princípio federativo, também protegido como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I, da CFRB).

Em decorrência da simetria constitucional corroborada pelas normas de reprodução obrigatória, as leis referentes à criação, transformação e extinção de cargos, empregos ou funções públicas são de competência exclusiva de cada ente da federação¹ e, quanto à criação, a iniciativa é privativa do Chefe do Poder Executivo², como corolário da separação dos poderes, o que conduz também à inconstitucionalidade formal do art. 16 da Lei Federal nº 11.350/06.

Sabe-se que todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar seu cumprimento. Já se disse que aplicar lei inconstitucional é o mesmo que negar aplicação à Constituição.

Aliás, na opinião do Ministro Luís Roberto Barroso, a tese de que *aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição é reforçada por outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder.* (O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 92-95),

Note-se que o colendo Superior Tribunal de Justiça considera que o afastamento do texto normativo incompatível com a Carta Magna reflete um “poder-dever” (STJ - REsp: 23121 GO 1992/0013460-2; Primeira Turma T1; DJ 08.11.1993, vol. 55 p. 152).

E, além disso, que é firme e consistente, no egrégio Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que *“a edição de ato formal expresso, a ser realizado no juízo administrativo, impondo o afastamento do texto normativo para além da relação processual administrativa na qual assentada a inconstitucionalidade, busca concretizar os mesmos objetivos motivadores da criação do instituto da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45/2004, entre os quais a segurança jurídica, pela aplicação e interpretação uniformes da lei, e a razoável duração do processo, conforme o preceito do inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, aplicável administrativamente”.* (Petição 4.656, Paraíba; 19/12/2016, Plenário)

Veja-se, também, que, de acordo com o Ministro Celso de Mello, “a defesa da integridade da ordem constitucional pode resultar legitimamente, do repúdio, por órgãos administrativos e regras incompatíveis com a Lei Fundamental do Estado, valendo observar que os órgãos administrativos, embora não dispendo de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (atribuição cujo exercício se sujeita à reserva de jurisdição), podem, não obstante, recusar-se a

¹ Art. 30, IV, f, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro; art. 98, V, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e art. 48, X, da Constituição Federal.

² Art. 71, II, a, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro; art. 112, §1º, II, a, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e art. 61, §1º, II, a, da Constituição Federal.

conferir aplicabilidade a tais normas, eis que – na linha do entendimento desta Suprema Corte – ‘há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado’ (RMS 8.372/CE, Rel. Min. PEDRO CHAVES, Pleno)” (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 31.923/RN, decisão monocrática, DJe 19.4.2013).


Assim, não há qualquer óbice jurídico a que o Chefe do Poder Executivo municipal conceda efeitos normativos ao pronunciamento desta PGM, reconhecendo a inaplicabilidade ao Município do Rio de Janeiro do art. 16 da Lei Federal nº 11.350/06.

CONCLUSÃO

Nestas circunstâncias, em sintonia com o disposto no art. 1º, XV c/c art. 22, I e 140, do Regimento Interno desta Procuradoria Geral, entendo que a matéria deva, como sugerido no Parecer PG/PADM/013/2021/CR, ser encaminhada ao conhecimento do Exmo. Senhor Prefeito, para que, diante do vício de inconstitucionalidade das normas aqui referidas, analise a inaplicabilidade ao Município do Rio de Janeiro do art. 16 da Lei Federal nº 11.350/06.

À superior consideração.

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2021.


RODRIGO BRANDÃO VIVEIROS PESSANHA
Subprocurador-Geral do Município do Rio de Janeiro
Matrícula 11/221.195-1- OAB/RJ nº 107.152

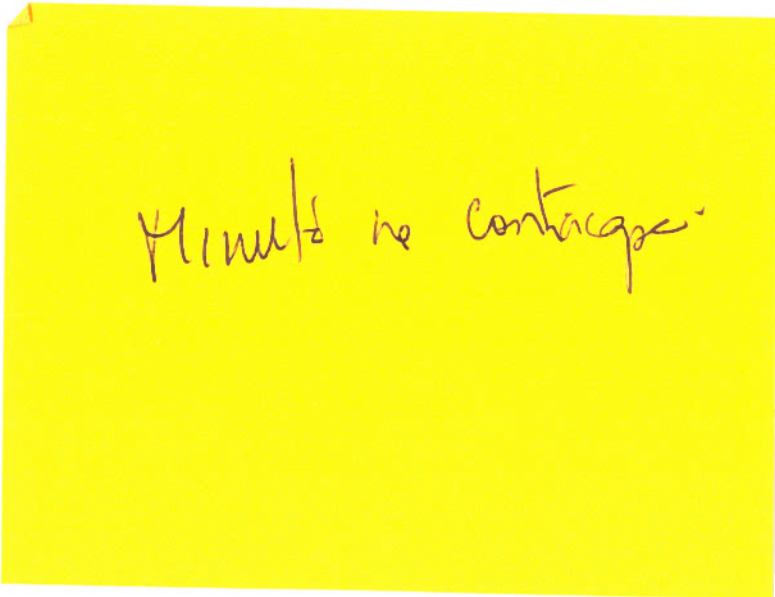
Exmo. Senhor Prefeito,

Aprovo o Visto PG/GAB/SUB/CONS/091/2021/RB, subscrevendo os fundamentos ali expostos e submeto o presente para concessão de efeitos normativos ao pronunciamento da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, reconhecendo a inaplicabilidade, neste Município, do art. 16 da Lei Federal nº 11.350/06.

Rio de Janeiro, 1º de dezembro de 2021.



Daniel Bucar Cervasio
Procurador-Geral do Município do Rio de Janeiro



Minuta no cartão.