

PARECER COLETIVO 4/2008

Servidor Público. Regime Jurídico. Programas de governo de natureza temporária. Contratação de pessoal.

Constituição Federal: artigo 39, *caput*, na redação da Emenda Constitucional nº 19/98: previsão de regime jurídico estatutário e celetista para servidores públicos.

STF: Medida Cautelar na ADIn nº 2.135-4- DF, concedida, em parte, com suspensão de eficácia do *caput* do art. 39 da CF, com efeitos *ex nunc*, tendo por consequência o retorno ao regime jurídico único para ingresso de pessoal no serviço público.

Programas temporários de Governo e contratação de pessoal pós-decisão do STF na ADIn nº 2.135-4. Programas vinculados à concretização do direito constitucional à saúde. Programa PIM - Primeira Infância Melhor, do Governo do Estado do RS. Regime jurídico de seus servidores regulado pela EC 51/06 e Lei Federal nº 11.350/06.

Executivo Municipal de Ibirubá. Recurso de Embargos à decisão proferida no processo nº 7542-0200/07-1. Contratos emergenciais renovados por norma legal que não fixa prazo de vigência. Irregularidade. Improvimento sugerido.

O Exmo. Sr. Conselheiro João Osório F. Martins encaminha à Auditoria, para exame e emissão de Parecer Coletivo, o processo nº 202-02.00/08-7, que trata do Recurso de Embargos interposto pelo Executivo Municipal de Ibirubá, irredimido com decisão proferida no processo nº 7542-0200/07-1, na Sessão de 30/10/2007, pela Primeira Câmara deste Tribunal, na qual foi negado registro a dois atos de admissão, por contrato a prazo determinado, de Visitadoras para o Programa PIM - Primeira Infância Melhor, do Governo do Estado do RS, regulado pela Lei Estadual nº 12.544/2006, em que a participação dos Municípios se viabiliza por adesão.

O Município recorrente apresentou razões recursais, devidamente analisadas pela SAPI - SAEM, que opina pelo não provimento do Recurso em razão de que a matéria está assentada nesta Corte na forma da orientação traçada no Parecer nº 07/2007, da lavra do Auditor Substituto de Conselheiro Cesar Santolim, aprovado na sessão de 28/03/2007. Referido Parecer assenta que a atividade do Visitador, para os fins do Programa PIM, é de caráter permanente, sendo "atividade-fim vinculada a um programa cuja duração é indeterminada" (fl. 20).

A matéria é encaminhada ao Ministério Público de Contas que exara o Parecer MPE/TCE nº 0301/2008, no qual se manifesta pelo não-provimento do recurso não só porque a questão de fato contraria a orientação traçada no Parecer nº 07/2007, como também pelo fato de que o Município de Ibirubá de há muito vem utilizando a contratação emergencial para o recrutamento dos cargos aqui tratados.

O processo segue para o Relator, João Osório F. Martins, que o traz a julgamento na Sessão Plenária de 14/05/2008 e sustenta, nas razões de Voto, que os

"Administradores não podem vincular um visitador a um regime estatutário, porquanto seria onerar logo adiante o erário" - fl.33,

o que o leva a concluir quanto à possibilidade das contratações previstas no inciso IX do artigo 37 da Carta da República, até porque

"Seria caso de excepcional interesse, pois onde o administrador responsável colocaria os concursados, estáveis e não estáveis nos quadros do município, (...)" - fl. 34.

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

Proferido o Voto, a matéria passou a ser debatida pelo Plenário, com manifestações do Conselheiro Substituto Pedro Henrique Poli de Figueiredo, do Conselheiro Cesar Miola e do Conselheiro Helio Saul Mileski, que manifestaram sua preocupação com relação à posição a ser adotada por este Tribunal de Contas na contratação de servidores públicos para programas temporários de governo, caso dos autos, assim como também é temporário o Programa de Agentes Comunitários de Saúde, considerando decisão ainda recente do Supremo Tribunal Federal, proferida em medida cautelar, na ADIn nº 2.135-4- DF, que suspendeu a eficácia do *caput* do art. 39 da CF, na redação dada pela EC 19/98, com efeitos *ex nunc*, razão pela qual, ressalvadas situações configuradas em data anterior àquela decisão, não há mais possibilidade de existência de regime jurídico celetista para contratação de pessoal para o serviço público.

Assim, e em razão da decisão proferida pelo STF em sede de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, o Plenário deliberou por suspensão da votação do processo e remessa dos autos a exame pela Auditoria, com emissão de Parecer Coletivo sobre a matéria.

Vindos os autos à Auditoria, o processo é distribuído à Auditora Substituta de Conselheiro firmatária para atuar como Relatora do presente Parecer Coletivo.

É o Relatório.

A situação em exame envolve dois tipos de questionamentos: **1) Orientação sobre a matéria versada nos autos e referente à legalidade de dois atos admissionais, por contratos a prazo determinado, de Visitadores para o Programa PIM, do governo estadual; 2) Programas Temporários de Governo e regime jurídico para admissão de pessoal no serviço público após a decisão exarada pelo STF na ADIn nº 2.135-4.**

Passa-se, assim, e pela ordem, à análise das questões propostas:

1. Orientação sobre a matéria versada nos autos e referente à legalidade de dois atos admissionais, por contratos a prazo determinado, de Visitadores para o Programa PIM, Primeira Infância Melhor, do Governo do Estado do RS, regulado pela Lei Estadual nº 12.544/2006.

A questão de que trata este processo tem solução na orientação traçada para este Tribunal de Contas no Parecer nº 07/2007 (1), acolhido pelo Plenário na sessão de 28/3/2007, cuja ementa consigna:

VISITADOR DOMICILIAR. LEI RS nº 12.544/2006.

Embora existindo mais de uma possibilidade jurídica para o vínculo entre o visitador domiciliar e os Municípios, para os fins do Programa Primeira Infância Melhor - PIM, a solução que melhor se afeiçoa ao princípio da economicidade é a da contratação pelo regime celetista. Precedente.

O mesmo Parecer conclui que,

b) além das hipóteses cogitadas, para o vínculo entre os "visitadores" e os Municípios, deve ser avaliada a contratação, em regime contratual ("celetista"), com a possibilidade de demissão com justo motivo, se o programa tiver solução de continuidade. Seria a solução que melhor se afeiçoaria ao princípio da economicidade, de modo a evitar que o Município fizesse ingressar nos seus quadros de pessoal servidores em caráter permanente, para o desempenho de funções que podem vir a ser transitórias. Disso tratou o voto do Senhor Conselheiro Substituto PEDRO HENRIQUE POLI DE FIGUEIREDO, nos processos nºs 9472-0200/02-2, 11255-0200/02-9 e 1259-0200/02-3 (Tribunal Pleno, sessão de 07-07-2004), verbis:

... Plenamente factível, também, apresenta-se a contratação, sob vínculo celetista, dos Agentes em comento, pelo Município. As atividades descritas no art. 2º da Lei nº 10.507/02 não abrangem competências de cunho decisório, de deliberação sobre atos administrativos ou de exercício do poder de polícia que imponham o vínculo estatutário. Daí ser possível a criação de empregos públicos municipais para tal fim.

A criação quer de cargos, quer de empregos públicos, dependerá inafastavelmente de lei

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

em sentido formal, frente ao ordenamento jurídico constitucional vigente, em especial o art. 48, inciso X, da Constituição Federal e correspectivo art. 52, inciso VIII, da Constituição do Estado para a criação de cargos, empregos e funções públicas.

Tanto no caso de criação de cargo público como no de emprego público, o procedimento prévio do concurso é requisito constitucional que se impõe. Com efeito, o art. 37, inciso II, da Constituição Federal exige concurso público de provas ou de provas e títulos tanto para cargo como para emprego público. Assim, observados os requisitos da lei municipal para o cargo ou emprego, o concurso público deverá ser feito.

As conclusões postas aplicam-se ao caso dos autos, uma vez que as contratações dos dois cargos de Visitadores Domiciliares ocorreram em 1º/05/2007 (fl.83), quando em plena validade o constante do *caput* do art. 39 da CF, na redação da EC 19/98 porquanto a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 2.135-4-DF foi proferida em 02/08/2007, com publicação do respectivo acórdão em 07/03/2008.

Naquela decisão ficou assentada a eficácia *ex nunc* da decisão liminar concedida, razão pela qual foi ressalvada

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. - sic acórdão.

Nesta linha de raciocínio, tem-se que o Município de Ibirubá deveria ter regulado, por lei, a contratação de cargos destinados a programas temporários de governo mediante o regime celetista, precedido do respectivo concurso público. Não o fez, optando pela contratação emergencial, viciada pela não estipulação, na respectiva lei autorizadora, do prazo de vigência destes contratos.

Portanto, é irregular o procedimento de contratação dos referidos cargos, razão pela qual o presente Recurso deve ser improvido, neste particular.

2. Programas Temporários de Governo e regime jurídico para admissão de pessoal no serviço público após a decisão exarada pelo STF na ADIn nº 2.135-4.

2.1. A contratação de pessoal para Programas Temporários de Governo, caso do Programa PIM, Primeira Infância Melhor, do Governo do Estado do RS, de que tratam os presentes autos, passou a apresentar dificuldades, quanto à definição do regime jurídico dos servidores destinados a tais programas, a partir da decisão proferida, em sede de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 2.135-4, porque ali assentada a inconstitucionalidade do *caput* do art. 39 da CF, com suspensão de sua eficácia até o julgamento do mérito da ação.

O enfrentamento da matéria é agravado pelo fato de tratar-se de decisão provisória, que poderá ser modificada quando do julgamento definitivo. Daí que há de se ressaltar a premissa de que o estudo ora efetuado deverá ser reavaliado quando da decisão final daquela ADIn pelo STF.

Em face da decisão cautelar prolatada na citada ADIn, houve a restauração da validade plena da norma em sua redação anterior, operando-se o efeito da *represtinação imprópria* (2) prevista no § 2º do art. 11 da Lei nº 9.868/99 (lei processual da ADIn e ADC), do seguinte teor:

Lei nº 9.869/99:

Art. 11omissis

§2º. A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Nesta situação, não há revogação da norma anterior, quer de forma expressa, quer de forma tácita, o que configuraria a *represtinação*: o que ocorre é o simples reconhecimento de que a norma revogada nunca deixou de existir em razão da declaração de inconstitucionalidade da norma revogadora. Não há, portanto, validade a restaurar: há o retorno da regulação da matéria pela norma originária porquanto esta não foi revogada (norma inconstitucional equivale à não-norma).

Desta forma, a redação atual da Constituição Federal, quanto ao *caput* do art. 39, retorna

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

ao texto original que assim dispõe:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Não mais subsiste, portanto, o duplo regime jurídico previsto pela Emenda Constitucional nº 19, que revogou a norma constitucional originária para dar-lhe nova redação, por sua vez agora suspensa, com retorno ao texto original que enfatiza a existência de um regime jurídico único para servidores públicos da administração direta, suas autarquias e fundações públicas.

Isto significa que, a partir da decisão do STF, os entes federados, Estados e Municípios inclusos, não mais podem elaborar leis regulando contratações no serviço público pelo regime celetista. Todavia, todas as leis desta natureza, editadas durante a vigência da Emenda nº 19, são válidas para fundamentar contratações pelo regime celetista efetuadas até a decisão proferida na ADIn em comento. A partir daí, no entanto, perderam sua validade porque não mais respaldadas pelo texto constitucional.

Portanto, na forma da Constituição da República, a admissão em cargos, empregos e funções públicas se faz por concurso público. Por ora, e enquanto não decidido o mérito da ADIn nº 2135-4, o recrutamento de pessoal, de forma ordinária, se fará para o regime jurídico único (estatutário).

Quid, então, com relação à contratação de servidores públicos para atender a Programas Temporários de Governo?

A regra aplicável à matéria, considerando a decisão - provisória - do STF é, como se disse, de ingresso de pessoal na administração pública direta, autárquica e fundacional pública, mediante concurso público para regime jurídico estatutário.

Há de considerar-se, no entanto, que os *Programas Temporários de Governo*, de qualquer nível da federação, têm por característica sua transitoriedade, que não se estende aos servidores municipais admitidos para neles atuarem porquanto se tratam de funções permanentes. Transitório é o Programa, não o agente público que o presta. Em conseqüência, fundamental definir sua forma de admissão no serviço público.

A contratação por tempo determinado, quando necessária ao atendimento de excepcional interesse público, prevista no inciso IX do art. 37 da CF, somente será admissível para admitir pessoal destinado a tais programas temporários de governo em situações de absoluta emergência, observados os termos e prazos previstos na lei autorizadora, inadmitidas prorrogações que desnaturem a autorização constitucional. Vale dizer, é solução de urgência de aplicação possível apenas para curto espaço de tempo, necessário à efetivação do correto processo seletivo de admissão de servidores públicos destinados aos referidos Programas governamentais.

Com relação a *cargos em comissão*, é inaceitável a admissão de pessoal no serviço público destinado aos Programas Temporários de Governo porquanto há total incompatibilidade do cargo, em sua respectiva regulação constitucional, que os destina a cargos de direção, chefia e assessoramento, na forma do inciso V do art. 37 da CF, com as funções pertinentes aos servidores alocados à prestação dos serviços pertinentes àqueles Programas governamentais.

Há, no entanto, singularidade nestes Programas Temporários de Governo que permitem exceção à regra - ainda que transitória decorrente da decisão do STF - de admissibilidade no serviço público por regime jurídico único e que permite a contratação pelo regime celetista, precedido de processo seletivo, desde que tais Programas tenham vinculação às Ações e Serviços Públicos de Saúde previstos na Emenda Constitucional nº 51/2006 e regulamentados pela Lei nº 11.350, de 05/10/2006, porque o texto constitucional e sua lei regulamentadora autorizam esta forma de admissão de pessoal destinada a estes Programas.

De acordo com a **Emenda Constitucional nº 51**, de 14/02/2006, o art. 198 da CF foi

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

alterado, passando a ter a seguinte redação:

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

"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:

.....omissis.....

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. - grifou-se.

§ 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. - grifou-se.

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.

Por sua vez, coube à Lei Federal nº 11.350, de 05/10/2006, regular o regime jurídico e as atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias regulamentando, assim, o § 5º do art. 198 da CF, bem como dispor sobre o aproveitamento de pessoal amparado pelo parágrafo único do art. 2º da EC 51/2006.

Referida lei federal, de âmbito nacional, assim dispõe quanto aos Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias:

Art. 3º O Agente Comunitário de Saúde tem como atribuição o exercício de atividades de prevenção de doenças e promoção da saúde, mediante ações domiciliares ou comunitárias, individuais ou coletivas, desenvolvidas em conformidade com as diretrizes do SUS e sob supervisão do gestor municipal, distrital, estadual ou federal.

Parágrafo único. São consideradas atividades do Agente Comunitário de Saúde, na sua área de atuação:

I - a utilização de instrumentos para diagnóstico demográfico e sócio-cultural da comunidade;

II - a promoção de ações de educação para a saúde individual e coletiva;

III - o registro, para fins exclusivos de controle e planejamento das ações de saúde, de nascimentos, óbitos, doenças e outros agravos à saúde;

IV - o estímulo à participação da comunidade nas políticas públicas voltadas para a área da saúde;

V - a realização de visitas domiciliares periódicas para monitoramento de situações de

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

risco à família; e

VI - a participação em ações que fortaleçam os elos entre o setor saúde e outras políticas que promovam a qualidade de vida.

Art. 4º O Agente de Combate às Endemias tem como atribuição o exercício de atividades de vigilância, prevenção e controle de doenças e promoção da saúde, desenvolvidas em conformidade com as diretrizes do SUS e sob supervisão do gestor de cada ente federado.

Art. 5º O Ministério da Saúde disciplinará as atividades de prevenção de doenças, de promoção da saúde, de controle e de vigilância a que se referem os arts. 3º e 4º e estabelecerá os parâmetros dos cursos previstos nos incisos II do art. 6º e I do art. 7º, observadas as diretrizes curriculares nacionais definidas pelo Conselho Nacional de Educação.

.....omissis.....

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 (3). - grifou-se.

*Parágrafo único. 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**.*

.....omissis.....

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.

Ainda, e em seu art. 16, a Lei deixa clara a vedação da contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, admitindo-a apenas em situações excepcionais, a saber, para combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável.

Do teor da EC 51/06 e da Lei federal nº 11.350, de 05/10/2006, constata-se que os dois textos normativos regularam a concretização do direito constitucional à saúde, estatuído no art. 196 da Carta da República, segundo o qual

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

Neste sentido, a Emenda Constitucional nº 51/06 é disposição constitucional específica, que normatiza situações peculiares referentes ao direito constitucional à saúde e, concretizando-o, cria cargos próprios de Agentes de Saúde e de Agentes de Endemias e determina sua admissão no serviço público por forma definida, a saber, por processo seletivo público adequado à natureza, complexidade e requisitos inerentes a suas atribuições, impondo ainda que o respectivo regime jurídico dos dois Agentes públicos nominados e sua regulamentação sejam regulados por lei federal, para o caso, a Lei Federal nº 11.350/06.

A Lei Federal nº 11.350/06, por sua vez, é, da mesma forma que a EC 51/06, norma

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

especial, precípua à regulamentação deste comando constitucional e deixa claro, em seu art. 8º, que os Agentes de Saúde e de Endemias são admitidos pelo regime celetista, regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho, salvo se Estados, Distrito Federal e Municípios dispunham ser outro o regime, no caso, o estatutário.

Desta singularidade, especificidade da Emenda Constitucional e de sua respectiva lei de regulação, tem-se que o legislador constituinte estipulou um regime jurídico próprio - o celetista (ressalvada a possibilidade diversa, antes referida) - para regular os cargos de Agentes de Saúde e de Endemias tendo presente, sem dúvida, que se destinam a Programas de Governo e, por isto mesmo, temporários, de onde ser prudente a adoção do regime CLT. E é esta singularidade normativa que torna as normas, tanto as constitucionais da EC 51, quanto as da Lei nº 11.350/06, indenes à decisão prolatada pelo STF, em sede cautelar, na ADIn nº 2.535-4.

Isto significa que, **nos casos dos Programas Temporários de Governo destinados à prestação do direito constitucional à saúde, os agentes de saúde e agentes de endemias necessários à implementação e efetivação destes programas permanecem, mesmo após a decisão do STF na ADIn nº 2.535-4, sendo admitidos no serviço público pelo regime celetista, observado o processo seletivo estatuído na EC 51 e respectiva lei regulamentadora.**

2.2. Contratação de pessoal para o Programa PIM - Primeira Infância Melhor, do Governo do Estado do RS.

O Programa PIM, criado pela Lei Estadual nº 12.544, de 03/07/2006, enquadra-se no conceito de Programa Temporário de Governo, sem prazo definido de duração, sujeito a alteração/extinção repentina. Naquela Lei estadual estão definidos os objetivos deste Programa, como se vê de seus dispositivos, *in verbis*:

Art. 1º - Fica instituído o Programa Primeira Infância Melhor - PIM -, como parte integrante da Política Estadual de Promoção e Desenvolvimento da Primeira Infância, a ser implementado pelo Estado em parceria com os Municípios ou organizações não governamentais.

§ 1º - O PIM tem por finalidade a promoção do desenvolvimento integral da criança, desde a gestação até os cinco anos de idade, com ênfase na faixa etária de zero a três anos, complementando a ação da família e da comunidade.

§ 2º - O desenvolvimento integral da criança de que trata este artigo deverá abranger os aspectos físico, psicológico, intelectual e social. - grifou-se.

Art. 2º - O PIM será organizado em consonância com a doutrina da proteção integral da criança, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e em conformidade com o disposto nas Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990, nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

Art. 3º - O PIM deverá ser organizado conforme a meta 17 do Capítulo da Educação Infantil do Plano Nacional de Educação de que trata a Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001.

Parágrafo único - O PIM será implementado em todos os Municípios com a colaboração dos setores responsáveis pelas áreas da educação, saúde e assistência social e de organizações não-governamentais, de programas de orientação e apoio aos pais com filhos entre 0 e 3 anos. - grifou-se.

Art. 4º - Com o objetivo de orientar as famílias, a partir de sua cultura e experiências, para o estímulo ao desenvolvimento das capacidades e potencialidades de suas crianças, as ações do PIM consistirão em:

I - apoiar e fortalecer as competências da família como primeira e mais importante instituição de cuidado e educação da criança nos primeiros anos de vida;

II - prestar apoio educacional e amparar as crianças para complementar as ações da família e da comunidade;

III - prestar assistência social às crianças e às famílias beneficiadas por serviços de

proteção social básica;

IV - prestar toda e qualquer orientação às famílias sobre cuidados de saúde da gestante e da criança, em articulação com os programas de saúde da mulher, da criança e da família. - grifou-se.

Art. 5º - Dentre as ações do PIM serão abrangidas, principalmente, competências das Secretarias Estaduais da Saúde, da Educação, da Cultura e do Trabalho, Cidadania e Assistência Social.

.....omissis

§ 2º - A Secretaria da Saúde exercerá a coordenação geral do PIM, com colaboração das demais Secretarias.

Art. 7º - O PIM será executado pelos Municípios ou por organizações não-governamentais, mediante Termo de Adesão a ser celebrado entre o Estado e os Municípios ou o Estado e a organização não-governamental.

§ 1º - No âmbito dos Municípios, o PIM será coordenado pelos órgãos da administração municipal responsáveis pelas áreas da saúde, da educação e da assistência social. - grifou-se.

.....omissis

Art. 9º - O Grupo Técnico Municipal do Programa Primeira Infância Melhor será responsável pela seleção, capacitação e avaliação de:

I - visitantes, responsáveis pelo atendimento domiciliar às famílias, por meio do desenvolvimento de atividades específicas;

II - monitores, responsáveis pelo acompanhamento, planejamento, capacitação e avaliação do trabalho dos visitantes junto às respectivas famílias.

.....omissis

Art. 11 - Para a execução do Programa Primeira Infância Melhor, o Estado prestará assistência técnica e financeira aos Municípios ou às organizações não-governamentais.

§ 3º - A assistência técnica será prestada pelas Secretarias Estaduais da Saúde, da Educação, da Cultura e do Trabalho, Cidadania e Assistência Social, em suas respectivas áreas, intersetorialmente. - grifou-se.

Art. 12 - Os Municípios que aderirem ao Programa Primeira Infância Melhor deverão prever em seus orçamentos anuais recursos das áreas da saúde, educação, cultura e assistência social para financiamento e execução do PIM. - grifou-se.

Do texto da lei deflui sua preocupação no atendimento integral à infância sob todos os aspectos, neles incluído o cuidado com a saúde infantil, destacada como núcleo das ações de Estado previstas, tanto que os órgãos públicos, do Estado e dos Municípios, responsáveis pela área da saúde, têm a incumbência de coordenar o Programa PIM.

Disso deflui que a ação estatal abarcada pelo Programa PIM dá cumprimento, concreção, à determinação constitucional constante do § 1º do art. 227 da CF que dispõe:

O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

.....omissis

Desta forma, infere-se que o Programa PIM se insere nas ações de proteção à saúde compatibilizando-se, assim, com o objetivo posto na EC 51/2006, que é dar atendimento ao comando constitucional do art. 198 da CF, segundo o qual as ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema único. Para isso prevê aquela Emenda a contratação de agentes públicos específicos, admitidos para um regime jurídico celetista.

Como assim é, não parece despropositado aceitar que servidores públicos admitidos para atuarem em Programas Temporários de Governo possam ser regidos pelo regime da Consolidação

das Leis do Trabalho, admitidos por processo seletivo, nos mesmos moldes aplicados aos Agentes de Saúde e Agentes de Endemias, **desde que tais Programas de Governo tenham vinculação com a concretização do direito constitucional à saúde**, ficando assim excluídos, *a latere*, da decisão do STF, prolatada em sede cautelar na ADIn nº 2535-4.

A esta conclusão se chega considerando que cabe ao intérprete, ao hermeneuta constitucional, solucionar as questões decorrentes de lacunas legais, e é esta a situação - de lacuna legal - criada pela indigitada decisão, proferida justamente pelo órgão que tem o dever constitucional de interpretar a Constituição em nosso sistema jurídico e que, inobstante isso, gerou grave insegurança jurídica ao declarar inconstitucional o *caput* do art. 39 da CF. Como conseqüência, vedou o regime jurídico duplo dos servidores públicos, restaurando o regime único após decorridos nove anos de vigência da norma ora expurgada do ordenamento jurídico. E assim o fez em caráter transitório, porque dita decisão foi proferida em sede de medida cautelar, sem julgamento do mérito e, quando esse vier a ocorrer, a vedação ora posta ao regime duplo poderá deixar de subsistir!

O que resta então, ao hermeneuta, forçado a interpretar a Constituição porque exigido a concretizá-la na prática, no cotidiano das relações de administração pública? Resta o dever de preencher a lacuna legal por processos de hermenêutica constitucional e, a partir do próprio ordenamento jurídico, definir um critério para dar resposta à questão que lhe é apresentada.

A atividade hermenêutica tem, assim, a atribuição de conferir um sentido funcional à norma interpretada, devendo o hermeneuta estar sempre comprometido, e o mais possível, com a finalidade prática dessa norma e que se busca alcançar. Deve o intérprete, assim, optar pelo sentido mais adequado ao *telos* da norma, à sua própria razão de ser.

Neste sentido afirma Friederich Müller, em seu *método concretista* de hermenêutica constitucional, segundo comenta Márcio Diniz:

A concretização das normas constitucionais deve ser orientada a partir da realidade que estas devem disciplinar, justamente porque são modelos de ordem. Normas e fatos não podem ser considerados, portanto, no processo de concretização, como fenômenos isolados. A relação entre Direito e realidade não deve ser abordada a partir de uma perspectiva de identificação/não-identificação, mas em função dos problemas concretos que demandam solução. - Márcio Augusto Vasconcelos Diniz - *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 1998, p. 253.

Também Paulo Bonavides, em comentário ao método concretista de Müller, consigna o entendimento daquele jus-filósofo quanto à hermenêutica constitucional, *in verbis*:

Assinala Müller que o texto de uma prescrição jurídica positiva é tão-somente a cabeça do iceberg. No seio da montanha de gelo, na parte mais baixa, recôndita e profunda, porém invisível, é que se deve procurar a essência da normalidade, feita dos fatos e relações de natureza estatal e social. (...) Não é possível isolar a norma da 'realidade', antes é a realidade em seus respectivos dados (o círculo ou âmbito da norma ou Normbereich) afetada pela disposição da norma (o 'programa da norma' ou Normprogramm) o elemento material constitutivo da própria norma. - Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. S.Paulo: Malheiros, 2003, 13ª ed., 2ª tir., os. 544/545.

Neste diapasão, qual o sentido da norma regente do regime jurídico celetista de servidores públicos admitidos, por processo seletivo, para atuarem em Programas Temporários de Governo vinculados à área da saúde? Não parece haver dúvida que é dar rápida e pronta concreção ao direito constitucional à saúde, tendo presente, no entanto, a inevitável temporariedade de programas de governo, sujeitos a variações de opções políticas de gestores públicos, o que não recomenda a adoção do regime jurídico único, estatutário, porque imporão ônus permanentes à folha de pessoal dos respectivos órgãos públicos contratantes, que ficariam obrigados a permanecer com tais

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

servidores mesmo que aqueles programas, e os recursos financeiros que lhe são alocados, não mais subsistam.

Desta forma, e tendo presente os fundamentos constitucionais e doutrinários supra expostos, considerando ainda que o Programa PIM tem estreita vinculação com a concretização de duas normas constitucionais, a saber, a proteção da saúde e a proteção da infância, **é de admitir-se a contratação de pessoal, para o Programa PIM, pelo regime jurídico celetista, precedido de processo seletivo, nos moldes previstos pela EC 51/06 e pela Lei Federal nº 11.350/06, observadas ainda as determinações constantes da Lei Estadual nº 12.544.**

EM CONCLUSÃO, e para atendimento ao solicitado pelo Exmo. Conselheiro Relator, responde-se aos questionamentos formulados, com fundamento nas razões de fato e de direito enumerados no corpo deste Parecer, na forma a seguir:

1. Com relação à questão específica de que trata este processo:

Em conformidade com as razões enumeradas no item 1 deste Parecer, conclui-se pela irregularidade do procedimento de contratação dos dois cargos de Visitadoras para o Programa PIM, razão pela qual o presente Recurso deve ser improvido, neste particular.

2. Programas Temporários de Governo e regime jurídico para admissão de pessoal no serviço público após a decisão exarada pelo STF na ADIn nº 2.135-4:

2.1 Nos casos de Programas Temporários de Governo destinados à prestação do direito constitucional à saúde, os agentes de saúde e agentes de endemias necessários à implementação e efetivação destes programas permanecem, mesmo após a decisão do STF na ADIn nº 2.535-4, sendo admitidos no serviço público pelo regime celetista, observado o processo seletivo estatuído na EC 51 e respectiva lei regulamentadora.

2.2 Contratação de pessoal para o Programa PIM - Primeira Infância Melhor, do Governo do Estado do RS. É de admitir-se a contratação de pessoal, para o Programa PIM, pelo regime jurídico celetista, precedido de processo seletivo, nos moldes previstos pela EC 51/06 e pela Lei Federal nº 11.350/06, observadas ainda as determinações constantes da Lei Estadual nº 12.544.

A final, alerta-se para o fato de que todas as questões abordadas neste Parecer deverão ser revistas quando for proferida a decisão de mérito - definitiva - na ADIn nº 2.135-4, pelo Supremo Tribunal Federal.

É o Parecer.

Porto Alegre, 22 de julho de 2008.

Rosane Heineck Schmitt

Auditora Substituta de Conselheiro - Relatora

Pedro Henrique Poli de Figueiredo

Auditor Substituto de Conselheiro

(1) Da lavra do Auditor Substituto de Conselheiro Cesar Santolim.

(2) Como bem esclarece Daniel SARMENTO: "Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade implica, em princípio, no automático reconhecimento da invalidade de todos os efeitos que a norma produziu, inclusive a revogação, tácita ou expressa, que eventualmente tenha operado em relação a outras normas anteriormente vigentes. Portanto, é como se a lei revogadora nunca tivesse deixado de vigorar, já que sua retirada do mundo jurídico decorreu de ato desprovido de validade jurídica". - "A Eficácia Temporal das decisões no Controle de Constitucionalidade" - *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Coord.: José Sampaio e Álvaro Cruz. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 35.

(3) A mesma Lei, no Parágrafo único do art. 9 regula situações específicas à admissão dos Agentes

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

de Saúde e Agentes de Endemias, especificando, em seu art. 10, as hipóteses de rescisão de contrato pela administração pública, dispondo:

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.

Processo nº 202-0200/08-7

DECISÃO: O Tribunal Pleno, em sessão de 1º-4-09, à unanimidade, acolhendo o Voto modificado do Conselheiro-Relator, por seus jurídicos fundamentos, **conhece** deste Recurso de Embargos, interposto pelo **Executivo Municipal de Ibirubá**, representado pelo então **Prefeito**, Senhor **Mauri Eduardo de Barros Heinrich (p.p. Advogados Leni Luiz Fior, OAB/RS nº 31.357, e Rudimar da Silva Cervieri, OAB/RS nº 51.818)**, uma vez que atende aos pressupostos legais e regimentais de admissibilidade, e, no **mérito**, decide por seu **não-provimento**.

PARECER ACOLHIDO.