

Réquiem para velhos problemas de contratação em consórcio público de direito público? (In)segurança jurídica e controle externo da atividade finalística pelo MP

Leonardo Gonçalves Juzinkas

Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

Marcelo Sant'anna

Assessor de Gabinete na Procuradoria da República em São João de Meriti.

Resumo: O presente artigo visa analisar a possibilidade de os consórcios públicos recrutarem empregados celetistas para o seu quadro efetivo de pessoal e o controle externo que se pode exercer a partir de situações jurídicas complexas que, sem solução simples, podem comprometer a qualidade do serviço público, afetado a referida organização. Tal questionamento surge a partir da análise do art. 6º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005, o qual prevê que, no caso de o consórcio público revestir-se de personalidade jurídica de direito privado, observar-se-ão as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas é omissivo no que tange ao regime de pessoal a ser adotado nos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público. Além do mais, será analisado no presente artigo se a decisão liminar proferida no bojo da ADI 2.135-4, que restabeleceu a redação original do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, atinge também os consórcios públicos, uma vez que estes fazem parte da administração indireta mas estão regulamentados no art. 241 da Carta Magna. Este artigo

será pautado em pesquisa bibliográfica, com base em consultas a obras de autores do Direito Administrativo, bem como a pareceres exarados por órgãos da Administração Pública e decisões acerca do tema, buscando verificar qual posicionamento vem sendo adotado apesar das divergências.

Palavras-chave: Consórcio público. Regime de pessoal. ADI 2.135.

Abstract: This article aims to analyze the possibility for public consortia to recruit employees for their effective staff and the external control that can be exercised from complex legal situations that, without a simple solution, can compromise the quality of the public service, affected said organization. Such questioning arises from the analysis of art. 6, § 2, of Law 11.107/2005, which provides that, in case the public consortium has a legal personality under private law, the rules of public law will be observed with regard to bidding, contracting, accountability and admission of personnel, which will be governed by the Consolidation of Labor Laws (CLT), but is silent on the personnel regime to be adopted in public consortia with legal personality under public law. In addition, it will be analyzed in this article if the preliminary decision handed down within the scope of ADI 2.135-4, which restored the original wording of art. 39, *caput*, of the Federal Constitution, also affects public consortia, since they are part of the indirect administration but are regulated in art. 241 of the Magna Carta. This article will be based on bibliographic research, based on consultations with works by authors of Administrative Law, as well as opinions issued by Public Administration bodies and decisions on the theme, seeking to verify what position has been adopted despite the divergences.

Keywords: Public consortium. Personnel arrangements. ADI 2.135.

Sumário: 1 Introdução. 2 Consórcios públicos: finalidade e evolução histórica no direito brasileiro. 3 Regime de pessoal dos consórcios públicos de direito público: omissão da Lei n. 11.107/2005 e a liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135. 4 Consequências jurídicas da transposição do regime jurídico estatutário para o celetista nos consórcios públicos de direito público – réquiem. 5 Casos concretos. 6 Considerações finais.

1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de contratação de pessoal pelo regime celetista, no âmbito dos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público, tendo em vista os impactos na atividade-fim que um ou outro direcionamento geram. Como se sabe, segundo o art. 6º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005, os consórcios públicos revestidos de personalidade jurídica de direito privado observarão as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

No entanto, tal lei é omissa no tocante aos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público, gerando aqui um problema de insegurança ao administrador-constituente.

A omissão contida na Lei n. 11.107/2005 abre margem para discussão acerca de qual regime de pessoal deve ser adotado nos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público, de modo que alguns doutrinadores entendem que o regime deve ser o estatutário, e outros, o celetista.

Os consórcios públicos integram a administração indireta, conforme art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.107/2005. Sendo assim, surge outra dúvida a ser abordada neste artigo, que diz respeito ao fato de os consórcios públicos integrarem a administração indireta e estarem sujeitos ao regime único previsto no texto originário do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, levando em consideração a decisão liminar deferida na ADI n. 2.135.

O estado de dúvidas inibe o administrador de investir, planejar, programar seus gastos, verter dotação orçamentária da pessoa política em projetos futuros paraestatais, desestimulando o fortalecimento dos consórcios e, ao fim, prejudicando a qualidade do serviço a que se destina. É que, se o órgão de controle externo, tempos após, considerar irregular a contratação de todo quadro de

contratados, gerar-se-á insegurança jurídica quanto aos atos que o consórcio praticou, bem como se imputará responsabilidade financeira em detrimento do administrador desautorizado.

A metodologia de pesquisa aplicada no presente artigo é a bibliográfica, com consulta a obras de Direito Administrativo, bem como a jurisprudência e pareceres exarados pela Administração Pública acerca do tema.

2 Consórcios públicos: finalidade e evolução histórica no direito brasileiro

Os consórcios públicos são pessoas jurídicas que podem adquirir personalidade jurídica de direito público ou privado, sendo formados por entes federativos, de maneira voluntária, para a gestão associada de serviços públicos de interesse comum. Ao longo do tempo, o consórcio se mostrou uma ferramenta importante na consecução dos serviços públicos, tendo em vista que permite a conjugação de esforços dos entes federados para alcançar determinado fim, conferindo, assim, maior eficiência na prestação dos serviços públicos.

Os consórcios públicos, conforme dito, são um instrumento pelo qual os entes federados podem conjugar esforços para conseguir executar um objetivo comum quando, pelo vulto da tarefa, não se mostrar possível ou eficiente a realização atomizada.

Calha lembrar que a repartição de competências político-administrativas no Brasil obedece a uma ordem constitucional-legal, não havendo espaço, salvo em casos de exceção, para que um ou outro ente subnacional delegue ao ente de maior grandeza a tarefa.

Assim, por exemplo, coleta de lixo é tipicamente um serviço de natureza municipal, não havendo espaço para que se afete ao ente estadual o serviço.

Os consórcios dão guarida ao primado da eficiência sob a métrica de concentração de serviços em ente abrangente, numa espécie de delegação centrípeta, para execução com menor custo e mais qualidade.

No Brasil, a criação dos consórcios públicos é possível desde a Constituição de 1891, chamada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a primeira a instituir o regime republicano e descentralizar o poder, conferindo autonomia aos estados e municípios.

Na Constituição de 1891, no entanto, os consórcios públicos eram vistos como meros contratos celebrados pelos municípios ou pelos estados para a execução do determinado fim comum. Embora não constasse a nomenclatura “consórcios públicos” expressa no texto constitucional, a estrutura federativa da Carta Política permitia a celebração desse tipo de contrato.

Já na Constituição de 1937, os consórcios públicos ganharam personalidade jurídica por expressa previsão constitucional, tendo em vista que o art. 29 da referida Carta Política estabelecia que “[o]s Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins”. Contudo, conforme previsão inserta no parágrafo único do referido dispositivo legal, cabia aos estados regular as condições em que tais agrupamentos poderiam constituir-se, bem como a forma de sua administração.

A personalidade jurídica era reconhecida somente sob o aspecto formal. Nesse sentido, vale transcrever trecho da obra *Cooperação Federativa e a Lei de Consórcios Públicos*, que explica sobre o ponto:

A Constituição de 1937 trouxe mudanças, reconhecendo personalidade jurídica de direito público para as associações de municípios. Mas esse reconhecimento era meramente formal, porque a Constituição de 1937 vigeu durante o Estado Novo, período ditatorial e centralizador, em que a autonomia dos entes federativos não era respeitada.¹

1 RIBEIRO, Wladimir Antônio. *Cooperação federativa e a Lei de Consórcios Públicos*. Brasília: CNM, 2007. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cach e:5dtVeBjLDWj:https://www.cnm.org.br/biblioteca/download/526+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 jun. 2020.

A Constituição de 1946, por sua vez, restabeleceu a forma federativa do Estado, buscando conferir aos entes autonomia. A conjuntura constitucional buscava implantar no país a ideia de cooperação federativa, para que o estado pudesse promover o desenvolvimento regional e nacional. Nesse sentido:

Com o advento da Constituição de 1946, consolidou-se o processo de redemocratização iniciado em 1945, inclusive, com o restabelecimento da forma federativa de Estado. Inicia-se, então, o debate sobre a cooperação federativa, que se associou ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento regional e nacional.²

No entanto, essa ideia de cooperação federativa foi interrompida em 1964, com a implantação do regime militar, quando havia o predominante controle da União, comprometendo sobremaneira a ideia de federalismo e, conseqüente, a autonomia dos entes federativos.

Assim, na Constituição de 1967, os consórcios públicos eram vistos como meros pactos de colaboração, não sendo seu cumprimento obrigatório. Além disso, não tinham personalidade jurídica.

Por fim, veio a Constituição Federal de 1988, que reconheceu os municípios e o Distrito Federal como entes federativos. No entanto, inicialmente os consórcios públicos continuaram a ser entendidos como meros pactos de colaboração entre os entes federativos, bem como em seu texto original a Constituição Federal de 1988 não trazia qualquer previsão expressa acerca dos consórcios públicos.

Contudo, os consórcios públicos, justamente por permitir a conjugação de esforços entre os entes federativos para a execução de objetivos comuns, foram ganhando cada vez mais espaço no direito brasileiro, de modo que diplomas infraconstitucionais passaram a prever expressamente esse instrumento. Nesse sentido, cita-se a Lei n. 8080/1990, que prevê de forma explícita, em seu art. 10, a criação de consórcios públicos:

² RIBEIRO, 2007.

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos dispõem sobre sua observância.

No mesmo sentido, a Lei n. 8.142/1990 previu expressamente, no § 3º do art. 3º, a criação dos consórcios, *in verbis*:

Art. 3º Os recursos referidos no inciso IV do art. 2º desta lei serão repassados de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

[...]

§ 3º Os Municípios poderão estabelecer consórcio para execução de ações e serviços de saúde, remanejando, entre si, parcelas de recursos previstos no inciso IV do art. 2º desta lei.

Assim, em 1998, por meio da Emenda Constitucional 19, foi alterado o art. 241 da Constituição Federal, para trazer expressamente a previsão sobre os consórcios públicos. Com a alteração, o art. 241 passou a ter a seguinte redação:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

O dispositivo constitucional mencionado no parágrafo supra foi disciplinado pela Lei n. 11.107, de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Tal norma, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto n. 6017/2007.

Aqui, é importante consignar que os consórcios públicos só passaram a ter personalidade jurídica depois de serem disciplinados pela Lei n. 11.107, de 2005. Antes, conforme ensina Maria Sylvania

Zanella Di Pietro, “havia certo consenso no entendimento de que o consórcio administrativo, do mesmo modo que o consórcio de empresas previsto no art. 278, § 1º, da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15-12-76), não adquire personalidade jurídica”.³

Os consórcios públicos, quando formalizados com personalidade jurídica de direito público, integram a administração indireta, sendo pessoa jurídica de direito público interno, tendo qualificação de autarquia, conforme inteligência do art. 41, inciso IV, do Código Civil, que elenca as autarquias, inclusive as associações públicas, como pessoa jurídica de direito público interno.

Acerca dos consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública, Matheus Carvalho explica que:

[...] é importante entender que a estrutura federativa do estado brasileiro não admitiria a criação de uma nova pessoa da Administração Indireta, diversa das entidades apontadas no art. 37, XIX, da Constituição Federal e, por esse motivo, a associação pública terá natureza jurídica de entidade autárquica.

[...]

Desse modo, todas as regras aplicáveis às autarquias, que serão analisadas em tópico específico, se espelham para as associações públicas que, da mesma forma, gozam de privilégios processuais e tributários e se submetem a todas as restrições impostas à Administração, em virtude da indisponibilidade do interesse público.⁴

Assim, é possível dizer que os consórcios públicos gozam de privilégios processuais e tributários, bem como devem observar em suas relações os princípios inerentes à Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella conceitua os consórcios públicos como “associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União,

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 507.

4 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 172.

Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos”.⁵

3 Regime de pessoal dos consórcios públicos de direito público: omissão da Lei n. 11.107/2005 e a liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135

Segundo disposição do art. 6º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005, no caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, como já ressaltado no tópico introdutório, o referido diploma legal é lacunoso no que se refere ao regime de pessoal a ser adotado nas associações públicas, uma vez que a redação do dispositivo mencionado só abarca os consórcios públicos formalizados com personalidade jurídica de direito privado.

Devido à lacuna na Lei n. 11.107/2005, acendeu-se ruptura doutrinária acerca do regime de contratação a ser adotado pelas associações públicas, se é o celetista ou o estatutário. Veja-se a explicação de Rafael Carvalho Rezende:

O regime de pessoal das associações públicas apresenta controvérsias. Parcela da doutrina sustenta que o regime de pessoal é o celetista, tendo em vista que o art. 4º, IX, da Lei 11.107/2005, ao tratar do protocolo de intenções dos consórcios públicos, faz menção tão somente aos “empregados públicos”, expressão que remete ao vínculo celetista (emprego público).⁶

Ainda, nas palavras do autor: “Entendemos que o regime de pessoal da associação pública é o estatutário, em razão do retorno

5 DI PIETRO, 2017, p. 511.

6 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 277.

da exigência do regime jurídico único para as pessoas de direito público por meio da decisão do STF proferida após o advento da Lei dos Consórcios Públicos.”⁷

No mesmo sentido entende Alexandre Mazza, que em sua obra, *Manual de direito administrativo*, afirma:

Nota-se, portanto, que os consórcios públicos com personalidade de direito privado somente podem contratar pessoal no regime de emprego público. Nas associações públicas, ao contrário, deve predominar a contratação no *regime estatutário*, regime de cargo público.⁸ (Grifo no original).

No entanto, de modo diverso, parcela da doutrina entende que o regime de contratação de pessoal que deve ser adotado nos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público é o celetista. Tal posicionamento se origina da leitura do art. 4º, inciso IX, da Lei n. 11.107/2005, bem como do art. 22 do Decreto Federal n. 6017/2007, que regulamentou a Lei n. 11.107/2005, transcritos, respectivamente, a seguir:

Art. 4º. São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

[...]

IX- o número, as formas de provimento e remuneração dos *empregados públicos*, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. (Grifo nosso).

Art. 22. A criação de *empregos públicos* depende de previsão do contrato de consórcio público que lhe fixe a forma e os requisitos de provimento e a sua respectiva remuneração, inclusive quanto aos adicionais, gratificações, e quaisquer outras parcelas remuneratórias ou de caráter indenizatório. (Grifo nosso).

7 OLIVEIRA, 2017, p. 277.

8 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

Assim, considerando que os dispositivos acima transcritos se referem a “*empregados públicos*” e “*empregos públicos*”, parcela da doutrina entende que o regime de contratação a ser adotado tanto nos consórcios públicos com personalidade de direito público quanto com personalidade jurídica de direito privado é o celetista. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho “regime de emprego público, que nada mais é do que a aplicação do regime trabalhista comum à relação entre a Administração e o respectivo servidor.”⁹

Ainda, segundo José dos Santos Carvalho Filho, que teve sua obra *Consórcios Públicos* citada no parecer Parecer PGFN/CJU/COJLC/N.111/2011, oriundo da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, “[o] regime trabalhista, portanto, será o regime funcional dos consórcios, incidindo tanto sobre os dotados de personalidade de direito público, quanto os consórcios de direito privado.”¹⁰

No mesmo sentido ensina Marcelo Harger, que teve sua obra *Consórcios públicos na Lei n. 11.107/05* citada no parecer do TCE/MG, Processo n. 838654, conforme segue:

Os consórcios com personalidade jurídica de direito público, no entanto, apresentam questões mais complexas. A complexidade tornou-se ainda maior diante da recente decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135, que suspendeu a vigência do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, conforme a redação dada pela emenda constitucional n. 19/98. Devido a essa decisão, passou a vigorar o art. 39 conforme sua redação originária que previa um regime jurídico único para a Administração direta, autárquica e fundacional de cada um dos entes federados.

Obviamente, não é possível que os consórcios com personalidade jurídica de direito público obedeçam a esse comando constitucional. A norma em questão tem campo de incidência diverso. Destina-se

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 644.

10 Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/revista-pgfn/ano-ii-numero-iv/Lvitor4.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

a regular as relações entre a Administração direta, autárquica e fundacional de um ente federado e seus agentes. A associação entre entes federados não é regida por esse dispositivo constitucional, mas sim pelo art. 241. Isso significa dizer que a volta da vigência da redação original do art. 39 da Constituição Federal não influencia a discussão que até então vinha sendo travada acerca do regime jurídico dos agentes dos consórcios públicos.¹¹

Questão importante a ser debatida quando se fala em regime de pessoal a ser adotado nos consórcios públicos de direito público é se a decisão liminar concedida no julgamento da ADI 2.135 afeta o regime de pessoal destes, visto que a liminar deferida na ADI mencionada fez com que a redação original do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, que trata do regime jurídico único, voltasse a ter eficácia.

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTEVE A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA Apreciação, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO *CAPUT* DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO

11 Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/257736>. Acesso em: 8 fev. 2019.

TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quórum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. *Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso.* 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esaurimento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

(ADI 2135 MC, Relator: Min. Néri da Silveira, Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie (art. 38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 2.8.2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 7 mar. 2008. EMENT VOL-02310-01 PP-00081 RTJ VOL-00204-03 PP-01029).¹² (Grifo nosso).

¹² Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90617/false>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Segundo o julgado da decisão liminar na ADI 2.135, acima colacionado, o art. 39, *caput*, da Constituição Federal, com redação dada pela EC n. 19/1998, que em sua redação previa “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”, está com sua eficácia suspensa, motivo pelo qual prevalece a redação original do art. 39, *caput*, da CF/1988, que prevê a instituição de regime jurídico único para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de sua competência.

No entanto, segundo parcela da doutrina, incluindo Marcelo Harger, citado anteriormente, não é possível que os consórcios públicos obedeçam ao comando constitucional do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, que instituiu o regime único, tendo em vista que o referido dispositivo legal visa regular relações entre Administração direta, autárquica e fundacional de um ente federado e seus agentes, de modo que a associação entre entes federados não é abarcada por esse artigo, mas, sim, pelo previsto no art. 241 da Carta Magna.

Nesse sentido, vale transcrever trecho do Parecer PGFN/CJU/COJLC/N.111/2011, exarado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, conforme segue:

[...] em relação aos consórcios públicos de direito público constituídos ou que serão constituídos após julgamento da Medida Cautelar na ADI n. 2.135, também entendemos, s.m.j., que esses entes devem seguir o regime previsto na Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), apesar do vigente *caput* do artigo 39 da Constituição da República Federativa do Brasil determinar regime jurídico único para toda a Administração Direta, autárquica e fundacional, pelas seguintes razões.

[...] o regime jurídico único é obrigatório para as autarquias que sejam da competência da União ou de um Estado ou do Distrito Federal ou de um Município, não atingindo autarquias interfederativas formadas por diversos entes políticos, pois, caso contrário, o referido dispositivo não utilizaria da expressão “no âmbito de sua competência”. Logo, a decisão do STF na ADI nº 2.135 não

atinge as autarquias interfederativas (consórcios públicos de direito público) que são da competência de diversos entes políticos. Não se trata de autarquia de competência de um ente federativo (sua competência), *mas de autarquia de competência compartilhada entre várias pessoas políticas*.¹³ (Grifo do original).

Além do mais, ainda que se considerasse que a decisão liminar proferida na ADI 2.135 surtisse efeitos sobre os consórcios públicos, deve-se levar em conta a modulação dos efeitos da referida decisão, que teve efeito *ex nunc*, de modo que ela não subsiste diante de legislação editada sob o império do dispositivo suspenso. Assim, salvo melhor juízo, significa dizer que, ainda que se considere que os consórcios públicos se enquadram no art. 39, *caput*, da Constituição Federal, a decisão liminar proferida na ADI n. 2.135 não os atingiria, uma vez que a Lei n. 11.107/2005 e o Decreto n. 6017/2007, que a regulamentou, foram editados antes da decisão liminar. Sobre a decisão liminar proferida na ADI 2.135, discorre Carvalho Filho:

Sucedee, entretanto, que o STF deferiu medida cautelar para o fim de suspender a eficácia do art. 39, *caput*, da CF, com a redação dada pela EC nº 19/1998, o que rendeu ensejo ao retorno da redação anterior, pela qual havia sido instituído o regime jurídico único. Considerou a Corte a existência de aparentes indícios de inconstitucionalidade formal, tendo em vista erro de procedimento na tramitação daquela Emenda. A decisão, porém, teve eficácia *ex nunc*, subsistindo a legislação editada sob o império do dispositivo suspenso.¹⁴

Diante de tudo até aqui, bem como ponderando as divergências circuncidantes ao tema ora delineado, é possível dizer que, não obstante a omissão contida na Lei n. 11.107/2005, parte da doutrina e alguns órgãos como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional defendem que tanto os consórcios com personalidade jurídica de direito público quanto os com personalidade jurídica de direito privado devem submeter-se ao regime de contratação de pessoal celetista.

13 Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/revista-pgfn/ano-ii-numero-iv/Lvitor4.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

14 CARVALHO FILHO, 2018, p. 651.

No início do ano de 2019, colocando um ponto final na discussão acerca do regime de recrutamento de pessoal para os consórcios públicos, foi promulgada a Lei n. 13.822, de 2019, que alterou o art. 6º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005 para estabelecer que consórcio público, seja o de personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à *admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)*.

Do ponto de vista do controle dos atos administrativos, convém ser a decisão mais acertada, sobretudo considerando que o regime estatutário é incompatível com a natureza dos consórcios públicos, uma vez que estes são criados com prazo de duração determinado no protocolo de intenções, conforme art. 4º, inc. I, da Lei n. 11.107/2005, o que inviabiliza a garantia de estabilidade, prevista no art. 41 da Constituição da República.

Nesse sentido, vale trazer a lume trecho do manual do Ministério da Saúde, intitulado *Consórcios públicos intermunicipais, no âmbito do SUS – aspectos básicos*, que ensina:

Ora, na associação pública, regida integralmente pelo direito público, o natural seria que o regime jurídico aplicável ao seu quadro de pessoal fosse o estatutário, previsto no art. 39, caput, da Constituição Federal. É preciso considerar, entretanto, que a natureza das relações servidor-Estado que se estabelecem nesse modelo de regime torna inviável a sua adoção em entidades de natureza interfederativa e que podem, inclusive, ter prazo de vigência pré-definido.

Dentre outras singularidades em relação ao regime geral dos trabalhadores brasileiros, regidos pela CLT, no regime estatutário, a relação empregatícia do servidor é com o Estado e não apenas com o Poder Executivo. É o Parlamento que lhes define os benefícios e os vencimentos. Além disso, a relação é perene, salvo na eventualidade de improbidade administrativa e outros desvios de conduta previstos na lei, por parte do servidor público. Esse goza de estabilidade e de um regime previdenciário diferenciado, no qual seus benefícios, como a aposentadoria e a pensão, são pagos com recursos diretos do

Orçamento Público do ente federado. Sendo a associação pública uma entidade cujo direito de propriedade é compartilhado pelos consorciados, a constituição de um quadro próprio com servidores públicos regidos pelo regime estatutário seria de complexa engenharia.

Muito embora a Lei nº 11.107, de 2005, nada tenha disposto a respeito, *fica claro que o regime jurídico único da associação de Direito Público é o celetista, uma vez que ela não pode contratar estatutários, com estabilidade, porque eles não se vincularão a nenhum ente específico.*

É importante registrar que a adoção do regime celetista pelo consórcio público *não é incompatível com o caput do art. 39 da Constituição Federal, ainda que o regime jurídico dos entes consorciados seja o estatutário.* A Constituição estabelece que 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 direta, das autarquias e das fundações públicas. No entanto, a entidade consorcial não pertence integralmente a nenhum dos seus entes instituidores – pertence a todos eles. É um instituto interfederativo que não se rege pelas leis que estabelecem o regime de pessoal de seus entes instituidores e sim pelo regime jurídico que o seu contrato de consórcio estabelecer. (Grifos do original).¹⁵

Além da incompatibilidade do regime estatutário para os consórcios públicos em razão da impossibilidade de conferir estabilidade aos integrantes do seu quadro de pessoal, conforme pontuado no artigo mencionado, há também que se ponderar a dificuldade de estabelecer o regime próprio de previdência social desses servidores.

Conforme art. 40 da Constituição da República,

[o] regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, se servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

15 MINISTÉRIO DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE. *Consórcios Públicos Intermunicipais, no âmbito do SUS: aspectos básicos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. p. 17-18.

Isto é, se o consórcio público é um ente interfederativo, ou seja, formado por mais de um ente público, seria difícil estabelecer um regime de previdência para esses servidores, pois eles não ficariam vinculados a nenhum ente componente do consórcio, mas, sim, ao consórcio.

Assim, conforme exposto, a alteração legislativa impondo o regime celetista tanto para o consórcio público com personalidade jurídica de direito público como para o consórcio com personalidade jurídica de direito privado foi a decisão mais acertada.

No entanto, não obstante a alteração legislativa estabelecendo o regime celetista para o consórcio público, tenha ele personalidade de direito público ou privado, surgem outras problemáticas que reclamam uma solução. Isso porque antes da alteração promovida pela Lei n. 13.822, de 2019, em virtude da discussão já exposta, alguns consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público recrutaram pessoal pelo regime estatutário, de modo que surge a necessidade de avaliar as consequências judiciais da transição do regime antigo para o legal.

A questão reclama ponderação à luz dos institutos do ato jurídico perfeito e direito adquirido, e vem abordada no tópico seguinte.

4 Consequências jurídicas da transposição do regime jurídico estatutário para o celetista nos consórcios públicos de direito público – réquiem

Muitos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público recrutaram pessoal pelo regime estatutário que, como se sabe, tem como uma de suas garantias a estabilidade após três anos de efetivo exercício, conforme art. 41, *caput*, da Constituição Federal. Com a promulgação da Lei n. 13.822, de 2019, ficou estabelecido que o regime será apenas o celetista.

A alteração de regime de contratação de pessoal, bem como qualquer outro ato advindo do Estado, deve observar o interesse da

Administração Pública. Nos consórcios públicos, a determinação de regime celetista pôs a termo a insegurança jurídica que pairava sobre o regime de contratação dos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público.

Como já dito, quando havia a omissão legislativa, muitos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público recrutaram pessoal pelo regime estatutário. A contratação, para ser válida, deveria ser feita por meio de concurso público, bem como respeitar os demais trâmites constitucionais e legais previstos.

Não obstante isso, se por um lado a alteração do regime jurídico de contratação deve atender aos interesses da Administração Pública, por outro lado deve respeitar os direitos dos servidores dos consórcios públicos, de modo que se faz necessário observar alguns aspectos na transposição do regime jurídico antigo para o atual, qual seja, o celetista.

Nesse sentido, insta avaliar se há direito adquirido ao regime estatutário por parte do servidor público. O instituto do direito adquirido tem expressa previsão na Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inc. XXXVI, prevê “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

As decisões dos administradores e dos órgãos de controle, dentre os quais desponta o MP, vêm sendo tomadas de forma casuística e pontual.

5 Casos concretos – soluções possíveis e regime de transição

A divergência apontada no presente estudo se reflete de forma nítida nos consórcios intermunicipais de saúde constituídos no País.

O Consórcio Intermunicipal de Saúde do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (CISA), por meio da Resolução n. 010/2013, subscrita exclusivamente por seu Presidente, instituiu o Regime

Jurídico dos Servidores Públicos do Consórcio, após aprovação pelo Conselho de Prefeitos e ratificação da Assembleia Geral.¹⁶

De acordo com o art. 2º da Resolução n. 010/2013, *servidor público é pessoa legalmente investida em cargo público*. O referido normativo deixa claro em seus dispositivos a adoção pelo regime estatutário dos servidores, inclusive espelhando vários dispositivos e conceitos estampados na Lei n. 8.112/1990, que versa sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais.

O assunto é de tal modo controvertido que o Consórcio Intermunicipal de Saúde do Vale do Ribeira (CONSAÚDE) adotou o regime celetista entre seus empregados e, após debates jurídicos junto ao sindicato da categoria, alterou seu entendimento e instituiu o modelo estatutário, mediante ratificação por lei do novo Estatuto do Servidor do CONSAÚDE.¹⁷

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Consulta n. 896.648 formulada pelo então prefeito de Monte Sião, de relatório do Conselheiro Wanderley Ávila, embora não tenha adentrado no mérito do regime dos servidores, registrou a imprescindibilidade de contratação de profissionais médicos por meio de concurso público, na forma do art. 37, inciso II, da Constituição Federal.¹⁸

Para ilustrar a dificuldade de uniformização do tema, colaciona-se o acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, no bojo do Recurso de Revista n. 206-61.2015.5.23.0086. *In casu*, o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública em face do Consórcio Intermunicipal de Saúde do Médio Araguaia.

Em primeira instância, a Justiça do Trabalho entendeu que aquela especializada não era competente para julgar o feito, em face do enten-

16 Disponível em: http://www.cisajui.com.br/file/arquivos/e35713b5236a3cca9fdaeea73b3445654d61e68b97ff0c59945f5336e4e4a9f7_i7l6m.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

17 Disponível em: <http://www.consaude.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Decreto-001-2018-PRES-CONSAUDE.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

18 Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2827.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.

dimento dominante do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as ações envolvendo entes com personalidade jurídica de direito público e seus servidores competem à Justiça Estadual comum. A sentença foi confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região.

Ocorre que o Tribunal Superior do Trabalho, no supracitado recurso de revista, reformou o acórdão recorrido e determinou o retorno dos autos à origem para o julgamento do mérito da demanda. Os ministros da 2ª Turma do TST entenderam que o consórcio adotou o regime celetista para reger a contratação de seu pessoal, nos moldes de seu estatuto, inexistindo, por ora, discussão sobre relação de natureza administrativa, seja por meio de contrato administrativo ou vínculo estatutário, o que atrai a competência daquela justiça especializada:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE. ASSOCIAÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. O Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública contra o Consórcio Intermunicipal de Saúde (Administração indireta dos Municípios) para que o réu efetuasse a contratação de pessoal por meio de concurso público (artigo 37, inciso II, da Constituição Federal). O Tribunal *a quo* manteve a decisão de origem, pois concluiu “ser a Justiça do Trabalho, incompetente para julgar as ações envolvendo os entes com personalidade jurídica de direito público e seus servidores, a exemplo da relação jurídica entre consórcio intermunicipal organizado como associação pública e seus servidores, ainda que essa relação tenha se desenrolado sob a égide da CLT”. Contudo, ao contrário do decidido pelo Regional, esta Justiça Federal do Trabalho é competente para apreciar esta controvérsia, à luz do que estabelece o *caput* do artigo 114 da Constituição Federal, tendo em vista que o Consórcio optou pelo regime celetista para reger a contratação de seu pessoal, conforme estabelece o “Estatuto do Consórcio, em seu art. 14, § 3º, que ‘os empregados do Consórcio poderão reger-se, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho ou demais normas pertinentes’ (ID 15bd3d0 – Pág. 5) e, à exceção dos contratos de prestação de trabalhos médicos, os demais empregados são todos regidos pelo regime celetista (ID d91687b – Pág. 3)”.

Frisa-se que *in casu* não há discussão acerca da relação de natureza administrativa, seja por vínculo estatutário, seja por meio de contrato de direito administrativo. Nesse contexto, é competente a Justiça do Trabalho para apreciar e julgar o feito. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR – 206–61.2015.5.23.0086, Relator Min.: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15.8.2018, 2ª Turma, Data de Publicação: *DEJT* 17 ago. 2018).

Consultando os regimes escolhidos por alguns consórcios intermunicipais de direito privado no País, para a admissão aos seus quadros de profissionais, verifica-se que CISDESTE adotou o regime celetista (Edital n. 08/2017), bem como CISRUN (Estatuto assinado em 4.7.2018), CISMISSÕES (Edital n. 01/2015), CISMARPA (Edital n. 01/2015), CISAMREC (Protocolo de Intenções redigido em 18.11.2010), CISAT (Protocolo de Intenções assinado em 15.6.2007), CISAMOSC (Edital n. 001/2018), CISNORPI (Edital n. 01/2017), CISMIV (Edital n. 01/2015), CONIMS (Edital n. 001/2016) e CISEMPAR (Edital n. 001/2016).

Em que pese haver dinheiro de constituição, investimentos e custeio, sobretudo na área da saúde e educação, oriundos da União Federal, o que sói atrair a competência federal, há alguns precedentes administrativos atribuindo aos órgãos estaduais do MP a função de fiscalizar esses consórcios e os servidores submetidos a tal regime celetista.

Tramitaram no MPF os procedimentos n. 1.23.001.000134/2017-17, 1.22.005.000090/2017-22 e 1.33.004.000108/2010-46, reconhecendo-se, em suma, competência estadual por falta de nexo com repasse de verbal federal. No entanto, o autor é titular de procedimento em que há custeio federal, pois as dotações advêm imediatamente do fundo municipal de saúde, o qual tem aporte federal obrigatório.

6 Considerações finais

Nota-se que a possibilidade de consórcio público com personalidade jurídica de direito contratar pessoal sob o regime celetista fora um tema controvertido na doutrina, não havendo posicionamento pací-

fico acerca do assunto. No entanto, alguns órgãos de consultoria jurídica, como por exemplo a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, adotaram posicionamento no sentido de que o regime de contratação de pessoal deveria ser o celetista, tanto nos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público quanto de direito privado.

Importa registrar, ainda, a problemática alusiva à criação de cargos efetivos no âmbito do consórcio exclusivamente por resolução de seus presidentes. Ainda que a criação desses cargos públicos tenha sido objeto de deliberação na assembleia geral realizada com os demais prefeitos, representantes dos municípios que integram os consórcios, é discutível a legalidade dessa medida.

Do ponto de vista formal, não havendo manifestação das casas legislativas dos municípios membros do consórcio, a criação dos cargos efetivos poderia ser judicialmente questionada, uma vez que altera o quantitativo de pessoal sob responsabilidade indireta dos municípios, onerando por via oblíqua a folha de pagamento desses entes, com possível repercussão na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não se pode desprezar o fato de que, ainda que o consórcio possua orçamento próprio, com custeio definido mediante rateio dos consorciados, os recursos para sua manutenção são oriundos dos cofres municipais.

A adoção do regime jurídico estatutário pelos consórcios poderia, sem direção segura e à falta de regulamentação, suscitar problemas de validade dos atos tomados, em caso de saída de algum ente consorciado ou mesmo dissolução da pessoa jurídica de direito público. Isto porque, na condição de estatutários, a aquisição da estabilidade por alguns servidores levaria os municípios a uma absorção forçada dessa mão de obra na hipótese de extinção do consórcio, o que esbarraria ainda na vedação de ingresso de servidor sem concurso público respectivo e por aproveitamento de órgão alheio à sua estrutura.

Tal circunstância, como referido, pode ser interpretada como uma burla ao poder legislativo das Câmaras Municipais, considerando que haveria a inserção de servidores estatutários no quadro de pessoal dos municípios, sem lei criadora desses cargos e sem pre-

visão dessas despesas no orçamento municipal, o qual é aprovado pelas casas legislativas no exercício financeiro anterior.

No âmbito do Ministério Público Federal, foram encontrados declínios de atribuição, quando a verba de custeio não fosse a federal, embora se identifique, sim, atuação e necessidade de controle da legalidade e previsibilidade dos atos dos consórcios e seu quadro de pessoal quando seus aportes advieram de conta recebedora de recursos federais.

No tocante à ADI 2.135, parte da doutrina entende que não se aplica aos consórcios públicos, uma vez que estes são autarquias interfederativas, com regulamentação própria no art. 241 da Constituição Federal, não estando, portanto, abarcados pelo art. 39, *caput*, da Constituição Federal, com sua redação originária. Com tal respaldo, há algum grau de salvo-conduto para os administradores e espaço para negociação com órgãos de controle.

Sendo assim, verifica-se que a promulgação da Lei n. 13.822, de 2019, que alterou o art. 6º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005 para estabelecer aos consórcios públicos, tanto com personalidade jurídica de direito público quanto privado, a admissão de pessoal pelo regime celetista é acertada, tendo em vista que tal posicionamento era defendido por parte da doutrina, bem como por alguns órgãos da Administração Pública.

Isso resolve boa parte dos problemas causados pela inserção de regime de contratação tipicamente público em favor de entidades exóticas à Administração. A transição de regime vem sendo acolhida sem grandes percalços, inexistindo direito adquirido à manutenção de regime jurídico mais benéfico, conforme caudalosa e consolidada jurisprudência nacional.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HARGER, Marcelo. *Consórcios públicos na Lei n. 11.107/05*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

MINISTÉRIO DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE. *Consórcios públicos intermunicipais, no âmbito do SUS: aspectos básicos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

RIBEIRO, Wladimir Antônio. *Cooperação federativa e a Lei de Consórcios Públicos*. Brasília: CNM, 2007. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5dtVeBjLDwJ:https://www.cnm.org.br/biblioteca/download/526+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 jun. 2020.