



Ementa de Parecer em Consulta – Tribunal Pleno

Processo: **838654**

Natureza: Consulta

Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Cristiano Otoni

Consulente: José Nery, Prefeito

Relatora: Conselheira Adriene Andrade

Sessão: 06/02/2013

Decisão unânime

EMENTA: CONSULTA – MUNICÍPIO – CONSÓRCIO – 1) CONSTITUIÇÃO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI N. 11.107/2005 – INAPLICAÇÃO DO REGRAMENTO CONTIDO NA NOVA LEGISLAÇÃO DE CONSÓRCIOS PÚBLICOS – ART. 19 DA LEI 11.107/2005 – OBRIGATORIEDADE DA OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE DIREITO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS, ADMISSÃO DE PESSOAL E PRESTAÇÃO DE CONTAS – POSSIBILIDADE DE ADAPTAÇÃO À NOVA LEI – IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE NOVO CONSÓRCIO OU ASSOCIAÇÃO À MARGEM DA LEI N. 11.107/2005 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – 2) CONSTITUIÇÃO DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO ATUAL – CONSÓRCIO COM PERSONALIDADE DE DIREITO PÚBLICO E CONSÓRCIO COM PERSONALIDADE DE DIREITO PRIVADO – ADMISSÃO DE PESSOAL MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO – REGIME CELETISTA – CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO PELO ENTE CONSORCIADO – POSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO DO VÍNCULO LABORAL DE ORIGEM – ART. 23 DO DECRETO FEDERAL N. 6.017/2007.

1) O art. 19 da Lei Federal n. 11.107/2005 dispõe expressamente que as disposições da norma consorcial não se aplicam aos consórcios formalizados anteriormente à sua vigência, motivo pelo qual esses atos podem ser executados de acordo com o que foi ajustado à época, observadas as normas de Direito Público em sua gestão. Caso a opção seja por se adaptar à nova Lei de Consórcios, deverão fazê-lo por meio do procedimento indicado. Todavia, não poderá ser criado novo consórcio ou associação tendo como objetivo a execução de serviços públicos à margem da Lei n. 11.107/2005, sob pena de incorrer o gestor em ato de improbidade administrativa.

2) O art. 23 do Decreto Federal n. 6.017/2007 admite que os consórcios contem com servidores públicos cedidos pelos entes da Federação consorciados, os quais deverão permanecer vinculados ao seu regime laboral de origem, celetista ou estatutário, não se estabelecendo vínculo com o Consórcio. No quadro próprio, porém, quer se trate de consórcio público com personalidade jurídica de direito público ou consórcio público com personalidade jurídica de direito privado, não pode haver cargos públicos, mas somente empregos públicos, os quais devem ser preenchidos via concurso público, mas com vínculo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
(Conforme arquivo constante do SGAP)

Sessão do dia : 06/02/13

Procurador presente à sessão: Marcílio Barenco

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Trata-se de Consulta formulada pelo Sr. José Nery, Prefeito do Município de Cristiano Ottoni, por meio da qual apresenta os seguintes questionamentos:

1. “Entidades Consorciais” ou “Consórcios” criados antes da vigência da Lei Federal n.º 11.107, de 06 de abril de 2005, tem que promover adaptações em sua estrutura jurídica de constituição e funcionamento para fins de se adequarem ao novo regime jurídico regulamentador dos consórcios?

2. Consórcios públicos constituídos em conformidade com a legislação atual vigente sobre o tema, optantes pela forma de associação pública, podem adotar o regime jurídico estatutário para seus agentes?

Instada a se manifestar, a Diretoria Técnica emitiu o relatório de fls. 07 a 22, no qual informou que as exigências constantes do art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988 são impositivas de impessoalidade e alcançam todos os consórcios, anteriores ou posteriores ao advento da Lei Federal n.º 11.107/2005, no que tange a licitação, contrato, prestação de contas e concurso público para admissão de pessoal. Informou, ainda, que o regime jurídico a ser seguido pelas associações de municípios criadas antes do advento da Lei Federal n.º 11.107/2005 deverá ser o de direito público para as contratações de bens e serviços, composição do quadro de pessoal e submissão às Cortes de Contas.

É o relatório, em síntese.

PRELIMINAR

Preliminarmente, conheço da presente Consulta, uma vez que o Consulente é parte legítima e a matéria é afeta à competência desta Corte, nos termos do art. 212 do Regimento Interno deste Tribunal, passando a respondê-la em tese.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Voto de acordo com a Conselheira Relatora.

CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO:

Voto de acordo com a Conselheira Relatora.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Voto de acordo com a Conselheira Relatora.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Voto de acordo com a Conselheira Relatora.



CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Essa presidência também vota de acordo com a Conselheira Relatora.

EM PRELIMINAR, APROVADO O VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

MÉRITO

O consulente apresenta em seu postulado duas questões: na primeira, indaga se as entidades consorciais ou os consórcios criados antes da vigência da Lei Federal n.º 11.107/2005 devem se adaptar aos termos e condições constantes desse instrumento normativo; na segunda, se os consórcios públicos podem adotar o regime jurídico estatutário para seus agentes, se tiverem sido constituídos em conformidade com a legislação atual e forem optantes pela forma de associação pública.

De início, considero necessário registrar que o art. 241 da Constituição da República de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, autoriza a formalização de consórcios públicos e convênios de cooperação, para a implantação da gestão associada de serviços públicos, *in verbis*:

Art. 241. 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.

Nesse contexto, a Lei n.º 11.107, de 06 de abril de 2005, regulamentada pelo Decreto Federal n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007, dispôs sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum.

O art. 2º, inciso I, do Decreto Federal n.º 6.017/2007 traz o seguinte conceito de consórcio público, *in verbis*:

Art. 2º. Para os fins deste Decreto, consideram-se:

I – consórcio público: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei n.º 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos. (...) (Grifamos.)

Assim, pode-se dizer que os consórcios públicos são parcerias formadas por dois ou mais entes da Federação, mediante autorização legislativa, com a finalidade de propiciar a gestão associada de serviços de interesse comum, principalmente nas áreas de saúde, informática e saneamento básico, podendo ser constituídos como entidade de direito público ou de direito privado.

Cumprido destacar que a primeira fase da constituição de um consórcio público é a subscrição do protocolo de intenções pelos entes interessados, acordo sobre as bases do futuro negócio, o qual deverá ser posteriormente publicado na imprensa oficial e ratificado por lei editada individualmente por seus subscritores.

Na sequência, haverá a celebração do contrato de consórcio público, de natureza associativa, para a constituição de uma pessoa jurídica de Direito Público ou para a instituição de uma pessoa jurídica de Direito Privado, como se verifica da leitura do art. 6º da Lei Federal n.º 11.107/2005, *in verbis*:

Art. 6º. O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§ 2º 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 – CLT.

Anote-se que a área territorial de atuação do consórcio público será estabelecida em razão dos entes federados consorciados. A propósito, a Lei Federal n.º 11.107/2005 considera consorciados os entes federados que subscreverem o protocolo de intenções e celebrarem o contrato de consórcio público, sendo possível a participação de diversos Municípios, de um Estado e Municípios nele contidos, de dois ou mais Estados ou, ainda, de um ou mais Estados e o Distrito Federal. Além disso, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei n.º 11.107/2005, “*a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados*”.

É necessário ressaltar que os entes consorciados entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio formalizado a cada exercício financeiro, consoante estabelece o art. 8º da Lei n.º 11.107/2005, devendo ser consignadas na lei orçamentária ou em créditos adicionais dotações suficientes para suportar as despesas assumidas. Há, também, a possibilidade de custeio dos bens, direitos, encargos e obrigações decorrentes da gestão associada de serviços públicos por meio do pagamento de tarifas, devendo a gestão financeira e orçamentária do consórcio se realizar na conformidade dos pressupostos da responsabilidade fiscal.

Passando à dúvida do consulente, que diz respeito às entidades consorciais criadas antes da entrada em vigor da Lei Federal n.º 11.107, de 06 de abril de 2005, é imperioso destacar que essas entidades não são consideradas pela norma em referência como consórcios públicos na estrita acepção técnica do termo, mas meros instrumentos congêneres, sem personalidade jurídica própria. Apesar de se atribuir aos consórcios públicos a natureza jurídica de cooperação associativa, não se costumava conferir a tais entes personalidade jurídica, de maneira que eles permaneciam como simples aquiescência dos seus partícipes na consecução de objetivos comuns, livres de vínculos contratuais.

Como já anotado, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei 11.107/2005, o consórcio público assume a natureza jurídica de associação pública, com personalidade jurídica de direito público, ou de associação civil, com personalidade jurídica de direito privado, de acordo com a conveniência dos entes consorciados.

No primeiro caso, o consórcio assume a forma de autarquia, por expressa disposição da Lei de Consórcios Públicos, que alterou a redação do inciso IV do art. 41 do CC; no

segundo, caracterizar-se-á como associação civil, regulada pela legislação civil, com as derrogações impostas pela própria Lei n.º 11.107/2005 e pelo Decreto n.º 5.504/2005¹.

A relevância da Lei n.º 11.107/2005 reside no fato de que os consórcios públicos, seja assumindo forma pública seja forma privada, ganham personalidade jurídica, passando, portanto, claramente, a ser sujeitos de direitos e obrigações.

É importante ressaltar que a caracterização do consórcio público como ente de direito público ou de direito privado apresenta importantes consequências práticas. Caso se opte pela personalidade jurídica de direito público, tais entes, por assumirem ²a forma de autarquia, terão os seguintes privilégios: 1- processo especial de execução (art. 100 da CF/88, c/c os arts. 730 e 731 do CPC) e impenhorabilidade dos bens públicos: 2- juízo privativo (art. 109 da CF/88); 3- prazos diferenciados (art. 188 do CPC); e 4- duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475 do CPC).

Destaco que tais privilégios, no entanto, não se aplicam aos consórcios públicos que optarem por assumir a forma de pessoa jurídica de direito privado, na modalidade de associação civil.

Constata-se pela Lei 11.107/2005 que os regramentos nela contidos não se aplicam aos instrumentos criados até a data de sua publicação, *in verbis*:

Art. 19. O disposto nesta Lei não se aplica aos convênios de cooperação, contratos de programa para gestão associada de serviços públicos ou instrumentos congêneres, que tenham **sido celebrados anteriormente à sua vigência**. (Grifamos.)

De acordo com a lição de Diógenes Gasparini sobre tal dispositivo, em seu livro *Direito Administrativo*, 12. ed., p. 357, “*a lei em referência é inaplicável, por expressa determinação de seu art. 19, aos convênios de cooperação, contratos de programa para gestão associada de serviços públicos ou instrumentos congêneres, que tenham sido celebrados anteriormente à sua vigência*”.

Assim, os consórcios ou entidades consorciais citados pelo consulente, criados antes da Lei Federal n.º 11.107/2005, não são obrigados a adotarem as regras da nova legislação regulamentadora dos consórcios públicos, embora possam optar pela transformação consoante procedimento indicado pela própria lei. Importa lembrar, entretanto, que não poderá ser criado novo consórcio ou associação cujo objetivo seja a execução de serviços públicos à margem da Lei n. 11.107/2005, sob pena de incorrer o gestor em ato de improbidade administrativa.

Do mesmo modo, o art. 41 do Decreto Federal n.º 6.017/2007 dispõe sobre a possibilidade de transformação dos consórcios, *in litteris*:

Art. 41. Os consórcios constituídos em desacordo com a Lei n.º 11.107, de 2005, poderão ser transformados em consórcios públicos de direito público ou de direito privado, desde que atendidos os requisitos de celebração de protocolo de intenções e de sua ratificação por lei de cada ente da Federação consorciado.

¹ Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

Parágrafo único. Caso a transformação seja para consórcio público de direito público, a eficácia da alteração estatutária não dependerá de sua inscrição no registro civil das pessoas jurídicas. (Grifamos.)

Quanto ao regime de pessoal a ser adotado nos consórcios públicos, objeto do segundo questionamento do consulente, o entendimento desta Corte é no sentido de que deve ser adotado o regime celetista tanto no consórcio público com personalidade de direito público quanto no consórcio público com personalidade de direito privado, conforme se depreende da manifestação do Conselheiro Antônio Carlos Andrada no voto vista exarado na Sessão Plenária de 10/12/2008, incorporada ao parecer emitido na Consulta n.º 731.118, *in verbis*:

O Consórcio Público, criado com prazo de duração determinado ou indeterminado, pode adotar **personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Na primeira hipótese, cria-se uma autarquia especial, chamada de “associação pública” e, na segunda, cria-se uma fundação ou uma associação. Em quaisquer dessas hipóteses, os servidores do Consórcio são regidos pelas normas da CLT.**

De qualquer forma, independente do regime adotado, sujeita-se o Consórcio às normas de finanças e contabilidade públicas, à fiscalização pelos Tribunais de Contas, às regras acerca de contratos administrativos, além das exigências de realização de licitações, concursos públicos e prestação de contas. (Grifamos.)

Portanto, esta Corte concluiu que, independentemente da personalidade jurídica que o consórcio público vier a adotar, seu quadro de pessoal será ocupado por empregados públicos, subordinados às normas da Consolidação das Leis do Trabalho.

Esse entendimento decorre da leitura do art. 4º, inciso IX, da Lei n.º 11.107/2005, *in verbis*:

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

(...)

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

Da mesma forma, o art. 22 do Decreto Federal n.º 6.017/2007, ao tratar dos servidores do consórcio público, refere-se a emprego público nesses termos:

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. (Grifamos.)

Como se verifica, os dispositivos acima transcritos utilizam as expressões “empregados públicos” e “empregos públicos” que, em sua acepção técnica, são reservados para os agentes públicos cujo vínculo para com o Estado é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

De acordo com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000. Quando se trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, § 1º, II, “a”.

Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra *inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante*, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral; portanto, a prevista na *Consolidação das Leis do Trabalho*. (Grifamos.). (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 243-244).

Além do mais, se considerássemos possível adotar o regime estatutário no âmbito do quadro próprio de pessoal do consórcio público, haveria dificuldade em estabelecer qual o estatuto aplicável a tais servidores, tendo em vista as diversas unidades da Federação envolvidas, sendo mais prudente a utilização do regime geral de previdência social operado pelo INSS.

Transcrevo, ainda, a lição do professor Marcelo Harger, *in litteris*:

Os consórcios com personalidade jurídica de direito público, no entanto, apresentam questões mais complexas. A complexidade tornou-se ainda maior diante de recente decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.135, que suspendeu a vigência do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, conforme a redação dada pela emenda constitucional n.º 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 a regular as relações entre a Administração direta, autárquica e fundacional de um ente federado e os 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. (HARGER, Marcelo. Consórcios públicos na Lei n.º 11.107/05. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 113-114.)

Por fim, observo ser possível a manutenção do regime estatutário no caso do servidor público que tiver sido cedido ao consórcio pelos entes da Federação consorciados, uma vez que tal servidor permanece no regime jurídico e previdenciário a que se encontrava vinculado, devendo retornar ao órgão de origem ao se desligar do consórcio público, como se verifica da leitura do art. 23 do Decreto Federal n.º 6.017/2007, *in verbis*:

Art. 23. Os entes da Federação consorciados, ou os com eles conveniados, poderão ceder-lhes servidores, na forma e condições da legislação de cada um.

§ 1º Os servidores cedidos permanecerão no seu regime originário, somente lhe sendo concedidos adicionais ou gratificações nos termos e valores previstos no contrato de consórcio público.

§ 2º O pagamento de adicionais ou gratificações na forma prevista no § 1º deste artigo não configura vínculo novo do servidor cedido, inclusive para a apuração de responsabilidade trabalhista ou previdenciária.

§ 3º Na hipótese de o ente da Federação consorciado assumir o ônus da cessão do servidor, tais pagamentos poderão ser contabilizados como créditos hábeis para operar compensação como obrigações previstas no contrato de rateio. (Grifamos.)



CONCLUSÃO

Quanto ao primeiro questionamento do consulente, respondo que o art. 19 da Lei Federal n.º 11.107/2005 dispõe expressamente que as disposições da norma consorcial não se aplicam aos consórcios formalizados anteriormente à sua vigência, motivo pelo qual esses atos podem ser executados de acordo com o que foi ajustado à época, observadas as normas de Direito Público em sua gestão. Caso a opção seja por se adaptar à nova Lei de consórcios, deverão fazê-lo através do procedimento indicado. Todavia, não poderá ser criado novo consórcio ou associação tendo como objetivo a execução de serviços públicos à margem da Lei n. 11.107/2005, sob pena de incorrer o gestor em ato de improbidade administrativa.

No que diz respeito à segunda questão, respondo ao consulente que o art. 23 do Decreto Federal n.º 6.017/2007 admite que os consórcios contem com servidores públicos cedidos pelos entes da Federação consorciados, os quais deverão permanecer vinculados ao seu regime laboral de origem, celetista ou estatutário, não se estabelecendo vínculo com o Consórcio.

No quadro próprio, porém, quer se trate de consórcio público com personalidade jurídica de direito público ou consórcio público com personalidade jurídica de direito privado, não pode haver cargos públicos, mas somente empregos públicos, os quais devem ser preenchidos via concurso público, mas com vínculo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

É assim que respondo à Consulta.

(OS DEMAIS CONSELHEIROS MANIFESTARAM-SE DE ACORDO COM A CONSELHEIRA RELATORA).

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Essa presidência também vota de acordo com a Conselheira Relatora.

APROVADO O VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA, POR UNANIMIDADE.