

O CONSÓRCIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO ESTRATÉGICA PARA OS MUNICÍPIOS

THE PUBLIC CONSORTIUM AS A STRATEGIC MANAGEMENT TOOL FOR MUNICIPALITIES

Flávio Geraldo Vieira dos Santos ¹

RESUMO: O presente artigo aborda os aspectos legais de constituição, organização e de atuação dos consórcios públicos. A falta de capacidade administrativa, orçamentária e financeira, a dificuldade de promover ações concretas de planejamento e de gestão, principalmente no âmbito municipal, são indícios de que os municípios de forma isolada não conseguem subsidiar a maioria das políticas públicas. Essa deficiência é suprida pelo consórcio público. Instituído pela Lei Federal 11.107 de 06 de abril de 2005, o consórcio público se apresenta como instrumento de descentralização e de atendimento das demandas locais e regionais. Sob a égide do Estado Democrático de Direito pretende-se perquirir como os consórcios públicos podem contribuir com os municípios para o fomento, estruturação, organização, fortalecimento dos modelos de gestão associada de serviços públicos.

Palavras-chave: Cooperação federativa; Descentralização; Gestão associada de serviços públicos.

ABSTRACT: This paper discusses the legal aspects of setting up, organization and operation of public consortia. The lack of administrative, budgetary and financial capacity, the difficulty of promoting concrete actions planning and management, especially at the municipal level are indicating that municipalities in isolation can not subsidize the majority of public policies. This deficiency is supplied by the public consortium. Established by Federal Law 11.107 of 06 April 2005, the public consortium presents itself as an instrument of decentralization and meet local and regional demands. Under the aegis of the democratic rule of law is intended to assert as public consortia can contribute to the municipalities for encouragement, structure, organization, strengthening of management models associated utilities.

Keywords: State cooperation; Decentralization; Associated utilities management.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade FUMEC. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro de Lafaiete (2000). Procurador Jurídico do ECOTRES. Atuou na Prefeitura Municipal de Ouro Branco onde já ocupou os cargos de Procurador Jurídico, Secretário Municipal de Obras e Serviços Públicos, Presidente da Comissão de Licitação e Pregoeiro. Na Câmara Municipal de Ouro Branco ocupou o cargo de Consultor Jurídico e Vereador. *Currículo lattes* consulte: <http://lattes.cnpq.br/1340943592456836>

Introdução

A falta de capacidade administrativa, orçamentária e financeira, a dificuldade de promover ações concretas de planejamento e de gestão, principalmente no âmbito municipal, local onde as políticas públicas e os problemas sociais de fato acontecem, são indícios de que os municípios de forma isolada não conseguem subsidiar a maioria das políticas públicas como saúde, educação, infraestrutura, saneamento básico, gestão ambiental, resíduos sólidos, mobilidade urbana, manutenção de estradas vicinais, agricultura familiar e o desenvolvimento social.

Num país de grandes desigualdades econômicas e sociais, de território extenso, de centralização de recursos, é tarefa do poder público de forma planejada, estratégica e em regime de cooperação promover a superação das diversidades regionais e o desenvolvimento nacional.

Para suprir essa deficiência aparece como novo instrumento de gestão para a realização de objetivos de interesse comuns da União, Estados, Distrito Federal e, principalmente dos Municípios, sob a égide da Lei Federal 11.107 de 06 de abril de 2005, e, sob a forma de cooperação federativa, a figura do consórcio público.

Apresentado como instrumento de superação dos diversos problemas que afligem a execução de políticas públicas, principalmente na esfera municipal, o consórcio público concretiza o federalismo cooperativo no Brasil e permite o atendimento das demandas locais e regionais de forma direta e adequada à realidade. O estabelecimento de ações cooperativas por meio dos consórcios públicos² vem então constituir-se com a união de dois ou mais entes da federação, para a realização de objetivos de interesse comum, sob a forma de associação pública, com personalidade de direito público e natureza autárquica, ou de pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos para a consecução de gestão associada de

²A definição de consórcio público e o estabelecimento da cooperação federativa entre os entes federativos está definida no artigo 1º, inciso I do Decreto Federal 6.017 de 17 de janeiro de 2007, que regulamentou a Lei 11.107, de 06 de abril de 2005, nos seguintes termos: “pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei 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 pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm> Acesso em 02 ago. 2014.

serviços públicos. Essa forma de cooperação federativa é de extrema importância e contribui de forma significativa para diminuir a distância organizacional e financeira que existe entre a União e os Estados dos Municípios, principalmente, levando-se em consideração que a União é o ente federativo que mais arrecada tributos e o município, centro da vida cotidiana, local onde as políticas públicas de fato acontecem, espaço de propriedade, de relações humanas, de convivência social, afetiva e profissional, é o que menos dispõe de recursos e de capacidade administrativa, principalmente as comunas menores que sobrevivem basicamente do fundo de participação.

Como a maioria dos municípios não dispõe de capacidade administrativa e financeira, inclusive de pessoal técnico qualificado, principalmente, aqueles localizados em regiões pobres, bem como, porque esses municípios isoladamente não tem capacidade para isoladamente viabilizar a sustentação econômica dos serviços de forma individualizada, o consórcio público se apresenta como uma solução regional, econômica e tecnicamente viável.

Diante desse quadro de ineficiência e de incapacidade operacional municipal, o tema demonstra-se atual e inovador. Abrir os olhos de gestores municipais e da população fomenta o conhecimento e viabiliza a implantação de consórcios públicos e de modelos de gestão para a solução de demandas regionais de forma adequada, planejada e em atendimento aos requisitos legais, como por exemplo, o atendimento das políticas nacionais na área do saneamento básico, de resíduos sólidos e no atendimento dos serviços de urgência e emergência da saúde e de defesa civil.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, levando-se em consideração a possibilidade de cooperação entre os entes federativos para resolver demandas de interesse comuns, indaga-se: como os consórcios públicos podem contribuir com os municípios para o fomento, estruturação, organização, fortalecimento e implementação de modelos de gestão associada de serviços públicos?

Para rever essa questão é preciso investigar à luz da composição federativa, da Constituição da República, da legislação, das orientações do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e de decisões do Supremo Tribunal Federal os aspectos constitutivos, regime de pessoal, de gestão financeira e as formas de contratação dos consórcios públicos.

2. Estruturas da Federação e a divisão de competências

A Constituição da República³ estabeleceu um novo parâmetro de federalismo no qual estão incluídos como entes federados além da União e dos Estados-Membros, os Municípios e o Distrito Federal.

A estrutura constitucional da federação brasileira consubstanciada na autonomia e independência de seus entes estabeleceu os mecanismos de proteção no momento em que dispôs sobre as competências e que as distribuiu de forma enumerada, concentrada, para a União deixando para Estados e Municípios competências extremamente limitadas (MAGALHÃES, 1999, p.209).

Essa concentração de competências nas mãos da União, chamada por José Luiz Quadros de Magalhães de federação desvirtuada encontra-se estabelecida nos artigos 21 a 24 da Constituição da República sendo que os artigos 22 e 24 estabelecem as competências legislativas, enquanto os artigos 21 e 23 as competências administrativas (1999, p. 210).

A Constituição da República na forma do artigo 29, inciso XI, remeteu à Lei Orgânica do Município⁴ a organização da função legislativa municipal para os assuntos de interesse local. Para que essa função fosse viabilizada o artigo 30 da Constituição da República⁵ estabeleceu as competências dos Municípios, da seguinte forma:

³O artigo 1º da Constituição da República estabelece que: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; - II a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 ago. 2014.

⁴ Segundo caput do art. 29 da Constituição da República “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)” Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 ago. 2014.

⁵ Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 ago. 2014.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Dentre outros assuntos de interesse local, cabe ainda ao Município legislar sobre as matérias administrativas de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, CF); instituir tributos (art. 156, CF); fixar taxas de contribuição de melhoria (art. 145, CF); deliberar sobre o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (art. 156, CF) e dispor sobre a política urbana (art. 182, CF), (MAURANO, 2010, p.110).

As competências comuns delineadas no artigo 23 da Constituição da República entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, são de caráter administrativo e representam ações que devem ser desempenhadas em conjunto pelos entes federativos. Esse artigo precisa ser regulamentado de forma a estabelecer as responsabilidades e os níveis de abrangência de cada ente, como também as fontes de recursos que serão utilizadas para que cada um possa cumprir com suas obrigações, sob pena de comprometer a essência do federalismo e de causar o

domínio em forma de intervenção indireta e do ente federal sobre os demais. (GARRIDO, 2012, p.131).

Dentre as atribuições asseguradas constitucionalmente, os direitos à saúde, educação, assistência social, proteção da infância e adolescência, proteção aos idosos e aos deficientes, entre tantos, passaram parcialmente as atribuições para a execução dos governos municipais, locais, antes mesmo da consolidação de um projeto federativo ancorado em um processo de descentralização.

As mudanças implantadas pela Constituição da República foram, e ainda são profundas nos municípios. De um ente responsável apenas pela conservação de ruas e praças, transporte, limpeza pública, ou seja, atividades tradicionalmente ligadas à zeladoria, o município ganha *status* de prestador de serviços públicos nas áreas sociais.

É nesse cenário de descentralização, de falta de regulamentação da responsabilidade e dos níveis de abrangência de cada ente, associado à incapacidade administrativa, técnica e financeira dos municípios que a gestão associada de serviços surge como alternativa inovadora e de solução institucional e segura por meio dos consórcios públicos para, de forma conjunta, respeitada a autonomia constitucional, dar escala suficiente de forma a viabilizar a sustentabilidade dos serviços de competência local.

Isso significa que do ponto de vista local, o consórcio público contribui para o aumento de sua capacidade, com maior eficiência na utilização de recursos possibilitando de forma indireta o fortalecimento da autonomia municipal ao ampliar o diálogo e a capacidade de negociação junto a outros entes e instituições.

3. Gestão estratégica dos consórcios públicos

3.1 Aspectos constitutivos

A constituição de consórcios públicos, instrumento de cooperação federativa, consiste na união entre dois ou mais entes da federação, sem fins lucrativos, com a finalidade de prestar serviços públicos e de desenvolver ações conjuntas de

interesse público coletivo, está embasada no Título IX, Das Disposições Constitucionais Gerais, art. 241 da Constituição da República⁶, que estabelece:

Artigo 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.

Para que a execução do dispositivo citado fosse viabilizada foi editada a Lei Federal 11.107 em 06 de abril de 2005 que dispôs sobre as normas de contratação dos consórcios públicos e o Decreto Federal 6.017 de 17 de janeiro de 2007 que regulamentou as normas de execução da gestão associada e incluiu o planejamento, a regulação e a fiscalização dos serviços.

A constituição de um consórcio público inicia-se com a manifestação de interesse de um ente federativo de se associar com outro ente mediante a assinatura prévia pelos chefes do Poder Executivo, no caso de municípios pelos Prefeitos, do protocolo de intenções.

O protocolo de intenções deve conter todos os aspectos jurídicos e institucionais do novo modelo de gestão dos serviços de interesse comum, tais como: natureza jurídica, objetivos, prazo, metas, áreas de atuação, direitos dos usuários, estrutura organizacional, competências, atribuições, procedimentos para funcionamento dos órgãos internos, relações do consórcio com os municípios consorciados e com outros entes e a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima de deliberação.

Após a assinatura do instrumento o procedimento deve ser publicado na imprensa oficial e encaminhado às Câmaras Municipais dos entes para ratificação do

⁶O artigo 241 da Constituição da República foi instituído pela Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1998. De acordo com o dispositivo a instituição e a competência dos consórcios públicos e da gestão associada de serviços públicos são de competência legislativa dos entes federados que o instituírem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 ago. 2014.

protocolo de intenções mediante lei⁷, quando então será transformado juridicamente em contrato de constituição do consórcio.

Os consórcios podem se constituir numa associação pública com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, que integra a administração indireta de todos os entes consorciados ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos⁸.

Como pessoa jurídica de direito público, que integra a administração, o consórcio público pode receber autorização para exercer as competências de planejamento, regulação, fiscalização dos serviços públicos relacionados à gestão associada, promover desapropriação ou instituir servidões nos termos de declaração de utilidade pública ou necessidade pública, desde que previsto no contrato de programa, e ainda, gozar dos benefícios aplicados aos órgãos da administração indireta, tais como: processo especial de execução nos termos do art.100 da Constituição da República e dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, impenhorabilidade dos bens, juízo privativo nos termos do artigo 109 da Constituição da República, prazos diferenciados e duplo grau de jurisdição obrigatório nos termos dos artigos 188 e 475 do Código de Processo Civil.

Na hipótese de constituição como entidade de direito privado, os consórcios submetem-se aos dispositivos do Código Civil⁹, mais exatamente os artigos 44 e 45,

⁷É preciso ressaltar que o Poder Legislativo não pode alterar o conteúdo do protocolo de intenções, pois este deve ser igual para todos os entes consorciados, no entanto, pode criar reservas de determinados dispositivos, nos termos do art. 6º, §2º do Decreto 6.017/2007, condicionando assim a ratificação a essas reservas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm> Aceso em 02 ago. 2014.

⁸Essas definições estão regulamentadas no artigo 2º, inciso I do Decreto 6.017/2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm> Aceso em 02 ago. 2014.

⁹Determina do Código Civil, com as alterações introduzidas pela Lei Federal 11.127 de 2005, o seguinte: : “Art. 44. São pessoas de direito privado: I – as associações; (...). Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. (...) Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Parágrafo único: Não há entre os associados, direitos e obrigações recíprocos. Art. 54. Sob pena de nulidade, os estatutos da associações civis conterá: I – a denominação, a os fins e a sede da associação; II – os requisitos para admissão, demissão, exclusão dos associados; III – os direitos e deveres dos associados; IV – fontes de recurso para manutenção; o modo de constituição e de funcionamento dos

que tratam das pessoas jurídicas de direito privado em geral e os artigos 53 a 61 que tratam das associações civis.

No entanto, deve-se observar que os dispositivos do Código Civil só se aplicam à organização do consórcio público naquilo que não contrariar a Lei 11.107/05 e o Decreto 6.107/07, e ainda, que os consórcios constituídos sob a forma de associação civil de direito privado só podem exercer funções de natureza executiva como a prestação de serviços ou atividades de apoio não sendo possível lhe transferir as funções de planejamento, regulação e fiscalização, inerentes do poder público.

Ainda que estejam revestidos de personalidade de direito privado, os consórcios públicos devem observar as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, admissão de pessoal e à prestação de contas nos termos do artigo 7º, §1º do Decreto 6.017/2007.

As associações entre os entes federativos podem-se dar sob a forma horizontal ou vertical. Horizontal quando são constituídos por entes da mesma esfera de governo, como por exemplo, Municípios x Municípios ou Estados x Estados. Vertical quando constituídos por entes de diferentes esferas de governos, como por exemplo, Municípios x Estados, Estados x União, ou ainda, União x Estados x Municípios.

É preciso ressaltar que a União só pode participar de consórcio público em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.

No aspecto organizacional os consórcios públicos reger-se-ão por estatutos cujas disposições devem atender as disposições do contrato de constituição do consórcio, sob pena de nulidade. Devem ser aprovados pela Assembleia Geral e dispor sobre a estrutura organizacional, administrativa, cargos, funções, empregos públicos, atribuições, competências, forma de eleição e regras funcionais.

3.2 Gestão de pessoal

órgãos deliberativos; VI – as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução. VII – a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 02 ago.2014

O regime de pessoal dos consórcios públicos será regido por seus respectivos estatutos¹⁰ que poderão dispor sobre o exercício do poder disciplinar e regulamentar, as atribuições administrativas, hierárquica, avaliação de eficiência, lotação, jornada de trabalho e denominação de cargos.

No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público será regido na admissão de pessoal pela Consolidação das Leis do Trabalho. É o que se depreende do artigo 6º, § 2º da Lei 11.107/2005.

Os entes consorciados ou com eles conveniados poderão ceder servidores, na forma e legislação de cada um. Nesse caso, os servidores permanecerão no seu regime originário celetista ou estatutário, não estabelecendo novo vínculo com o consórcio, podendo nesse caso, haver compensação para o ente que assumir a cessão do servidor no contrato de rateio.

O pagamento de adicionais, auxílios, gratificações ou de quaisquer parcelas remuneratórias ou de caráter indenizatório depende de previsão no contrato de constituição do consórcio.

Para o Tribunal de Contas de Minas Gerais – TCEMG, independente de o consórcio assumir a forma autárquica, associação pública, ou de se caracterizar como associação civil, regulada pelo Código Civil, em qualquer das hipóteses deve ser adotado o regime celetista conforme se depreende da consulta n. 838.654, *in verbis*:

EMENTA: CONSULTA — PREFEITO — CONSÓRCIOS PÚBLICOS — I. ENTIDADES CONSORCIAIS CRIADAS ANTES DE 06/04/2005 — APLICABILIDADE DA LEI N. 11.107/2005 — NÃO OBRIGATORIEDADE — II. QUADRO PRÓPRIO DE PESSOAL — CONCURSO PÚBLICO — EMPREGADOS PÚBLICOS — REGIME CELETISTA — III. CESSÃO — SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS — REGIME LABORAL DE ORIGEM — POSSIBILIDADE
1. A Lei Federal n. 11.107/2005, por determinação expressa do seu art. 19, não atinge os consórcios ou entidades consorciais criados antes de sua vigência.

¹⁰ O art. 7º da Lei 11.107/2005 definiu que “os estatutos disporão sobre a organização e o funcionamento de cada um dos órgãos constitutivos do consórcio público” e o artigo 8º do Decreto 6.017 de janeiro de 2007 que “o consórcio público será organizado por estatutos cujas deliberações, sob pena de nulidade, deverão atender a todas as cláusulas do seu contrato constitutivo” determinam que os consórcios públicos sejam regulamentados por meio de estatuto”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm> Acesso em 02 ago 2014.

2. Independentemente da personalidade jurídica adotada no consórcio público, seu quadro de pessoal será ocupado por empregados celetistas concursados e/ou excepcionalmente por servidores públicos cedidos pelos entes da Federação consorciados, permanecendo vinculados ao seu regime laboral de origem, celetista ou estatutário (art. 23 do Decreto Federal n. 6.017/2007).¹¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado Minas Gerais. Consulta n. 838.654 – TCEMG – Relatora: Conselheira Adriene Andrade, sessão de 06.02.2013.

A decisão do Tribunal de Contas de Minas Gerais baseou-se na redação do artigo 4º, inciso IX da Lei Federal n. 11.107/2005 e no artigo 22 do Decreto Federal 6.017/2007 que utilizam as expressões “empregados públicos” e “empregos públicos”, que, segundo a relatora da consulta 838.654, Conselheira Adriene Andrade “são termos, que na sua acepção técnica, são reservados para os agentes públicos cujo vínculo para com o Estado é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho”.

Ocorre que a Emenda Constitucional 19 de 04 de junho 1998 que alterou o *caput* do artigo 39 da Constituição da República foi suspensa pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.135 e a redação original¹² do dispositivo foi restabelecida pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos:

EMENTA; 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

¹¹ A consulta 836.654 foi respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 06/02/2013, presidida pelo conselheiro Wanderley Ávila. Votaram o conselheiro Eduardo Carone Costa, conselheiro Wanderley Ávila, conselheira Adriene Andrade, conselheiro Sebastião Helvecio, conselheiro Cláudio Terrão e conselheiro José Alves Viana. Foi aprovado, por unanimidade, o voto da relatora, conselheira Adriene Andrade. Disponível em <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/>> Acesso em 02 ago 2014.

¹² A redação original do *caput* do artigo 39 da Constituição da República dispõe 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 pública direta, das autarquias e das fundações públicas” ao passo que a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, suspensa pela ADI 2.135 alterou a redação para “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.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 ago. 2014

IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, 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 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 quorum 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 esgotamento 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. BRASIL. Supremo

Tribunal Federal. Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 2.135/00. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Publicado em DJE 07.03.2008.¹³

Mesmo com o restabelecimento da redação original do artigo 39 da Constituição da República, a Conselheira Adriene Andrade do Tribunal de Contas de Minas Gerais, nos autos da consulta n. 838.654 considerou que:

[...] Além disso, 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.**¹⁴

Com essas interrogações a questão posta é se com a suspensão da redação dada pela Emenda Constitucional 19/98 ao *caput* do artigo 39 e com o restabelecimento da redação original do dispositivo, os consórcios públicos estão obrigados ou não a instituírem o regime jurídico único?

A resposta encontra-se na lição do professor Marcelo Harger, nos seguintes termos:

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. 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 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

¹³Disponível

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2135&classe=ADI-MC>> Acesso em 02 ago 2014.

¹⁴ Consulta 836.654 – Tribunal de Contas de Minas Ferais. Disponível em<<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/>> Acesso em 02 ago 2014.

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. (HAGER, 2007, p. 113-114).

Em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal de restabelecer o regime jurídico único e o posicionamento do Tribunal de Contas Minas Gerais de que independente da personalidade jurídica do consórcio, público ou privado, seu quadro de pessoal deve ser ocupado por empregados celetistas, perfilhamos o posicionamento do professor Marcelo Hager no sentido de que os consórcios públicos de direito público não estão sujeitos ao comando constitucional do artigo 39 que obriga a adoção de regime único e sim ao artigo 241 que instituiu a figura dos consórcios públicos.

Imagine um consorcio público formado por três municípios, onde o Município A possui regime de pessoal estatutário vinculado ao regime de previdência próprio, o Município B possui regime de pessoal híbrido, sendo estatutário para cargo público e celetista para emprego público, vinculado ao regime geral de previdência social, e o Município C, com regime de pessoal estatutário e vinculado ao regime geral de previdência social. Diante desse alvoroço, qual estatuto e qual regime de previdência o consórcio público, dotado de personalidade jurídica de direito público, deve adotar para seus servidores? E mais, na hipótese extinção de um consórcio público, com regime de pessoal estatutário, com cargos de provimento efetivo, com direito a estabilidade de seus servidores, qual destinação seria dada a esses servidores? Para qual município consorciado os servidores seriam remanejados?

Como o Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 2.135, o que é próprio em medidas cautelares, ressaltou que o efeito *ex nunc* da decisão subsistiu a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa, bem como, porque não ocorreu expressamente a suspensão da Lei 11.107/2005 e do Decreto 6.017/2007, e ainda, com fundamento nos incisos I, II e V do artigo 37, e, de modo especial, no artigo 241, todos da Constituição da República, subsiste, a possibilidade de instituição concomitante de cargos em comissão e de empregos públicos para os consórcios públicos de personalidade jurídica de direito público, desde que observado o seguinte: a) constituir-se de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação

e exoneração, para as atribuições de direção, chefia e assessoramento; b) constituir-se de empregos públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho mediante a realização de concurso público para as funções administrativas e operacionais; c) constituir-se de servidores cedidos pelos entes consorciados, na forma e condições de cada um, desde que os servidores cedidos permaneçam no seu regime originário; e, d) vincular ao servidor ocupante dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, bem como, aos ocupantes dos cargos temporários ou de emprego público, o regime geral de previdência social.

A subsistência para os consórcios públicos apenas de cargos em comissão para as atribuições de direção, chefia e de assessoramento, de livre nomeação e exoneração, e de empregados públicos com vínculo celetista encontra-se guarida, ainda, no artigo 40, § 13, da Constituição da República que dispõe:

Art.40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio econômico financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência.

(destaque nosso)

O § 2º do artigo 29 do Decreto 6.017/2007 dispõe que na hipótese de extinção do consórcio, “(...) o pessoal cedido ao consórcio retornará aos seus órgãos de origem, e os empregados públicos terão automaticamente rescindidos os seus contratos de trabalho com o consórcio”. Ainda que o dispositivo não se refira a cargo em comissão, se aplica integralmente aos consórcios públicos de natureza pública, haja vista que a exoneração do servidor ocupante de cargo em comissão produz os

mesmos efeitos da rescisão do contrato de empregado público e pode acontecer por ato exclusivo do gestor independentemente de qualquer ajuste.

Como tanto o servidor ocupante do cargo em comissão quanto o ocupante do emprego público estão sujeitos ao regime geral de previdência social e à extinção de seus vínculos de labor quando da extinção do consórcio, a diferença que permeia entre ambos é a forma de provimento dos cargos. Enquanto o cargo em comissão é provido por livre nomeação, o emprego público é provido mediante concurso público. Logo, o consórcio público de natureza pública não só pode como deve adotar em seu quadro de pessoal cargo de provimento em comissão para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, tais como, secretário executivo, procurador, chefes de departamento, controlador e assessor, e ainda, empregado público, celetista, para as funções administrativas e operacionais, tais como: auxiliar e assistente administrativo, motorista, engenheiro, arquiteto, biólogo, médico, enfermeiro, auxiliar de saúde, farmacêutico, encarregado e operador de máquinas.

O que não pode ser admitido diante de todas essas hipóteses é a probabilidade do consórcio público instituir cargos públicos de provimento efetivo diante da impossibilidade de garantir a estabilidade do servidor efetivo após a extinção do consórcio público.

3.3. Gestão financeira e contratação dos consórcios públicos

O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do presidente do consórcio. Caso a presidência seja de um chefe do Poder Executivo municipal a fiscalização será realizada pelo Tribunal de Contas do Estado em que o município estiver localizado, sendo que os agentes públicos responsáveis pela gestão do consórcio não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas pelo consórcio mais respondem por todos os atos praticados em desacordo com a lei.

Além dos Tribunais de Contas a fiscalização de consórcios públicos formados por municípios compete à Câmara Municipal, aos órgãos de controle dos entes consorciados e a Assembleia Geral do consórcio, sendo que os consórcios estão obrigados a repassar as informações financeiras aos municípios para que sejam

consolidadas e contabilizadas as receitas e as despesas em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal.¹⁵

Para executar suas atribuições os consórcios públicos podem receber recursos da União, Estados e Municípios. A transferência de recursos e a transferência na gestão associada de serviços pode ser por contrato de rateio, contrato de programa, convênio e contrato administrativo e a execução do regime financeiro e orçamentário deve obedecer às normas aplicáveis às entidades públicas com prestação de contas para os órgãos de fiscalização e controle.

Os contratos de rateio serão formalizados para cada exercício financeiro e os contratos de programa para regular as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos, por dispensa de licitação, cujo termo de dispensa deverá ser previamente examinado e firmado pela assessoria jurídica da Administração.

Os critérios do rateio entre os entes consorciados poderão ser variáveis em razão da participação ou da fruição de cada ente na consecução do objeto, na atividade, serviço, obra e na população beneficiária considerando o nível de subsídio concedido aos usuários dos serviços.

O consórcio público pode outorgar concessão, permissão, autorização e contratar a prestação por meio de gestão associada de obras ou de serviços mediante o cumprimento da legislação de normas gerais e de autorização prevista no contrato de programa. Para tanto, os consórcios poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e preços públicos.

Assim como os demais órgãos da administração direta e indireta, os consórcios devem realizar licitação para compras, obras e serviços nos termos da Lei Federal 8.666/93 com as alterações introduzidas pela Lei 11.107/2005.

¹⁵A Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelece as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e pressupõe a ação planejada e transparente dos gestores públicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em 02 ago 2014.

Para consórcios formados por até 03 (três) entes da federação os valores serão em dobro dos mencionados para as modalidades previstas no artigo 23 da Lei 8.666/93. Para consórcios formados por mais de 03 (três) entes da federação os valores serão o triplo dos mencionados para as modalidades previstas no artigo 23 da Lei 8.666/93.

O consórcio público poderá ser contratado por ente consorciado ou por entidade que integra a administração indireta deste último, por dispensa de licitação, preferencialmente, quando o consórcio fornecer bens ou prestar serviços para um determinado ente consorciado, de forma a impedir que eles sejam custeados pelos demais.

O ente que não incluir em seu orçamento ou em créditos adicionais dotações suficientes para suportar as despesas assumidas perante o consórcio pode ser excluído, assegurado o contraditório e a ampla defesa, ao passo que a retirada voluntária do ente consorciado dependerá de ato formal de seu representante na assembleia geral que não prejudicará as obrigações já constituídas.

A alteração ou a extinção do contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado e Assembleia Geral e ratificada mediante lei por todos os entes consorciados. Na hipótese de extinção os bens, direitos, encargos e obrigações decorrentes da gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou preço público serão atribuídos aos titulares dos respectivos serviços.

Extinto o consórcio público que autorizou a gestão associada de serviço público, o contrato de programa continuará vigente, não prejudicará as obrigações assumidas e constituídas e dependerá do prévio pagamento das indenizações eventualmente devidas trazendo segurança jurídica para os atos praticados.

Associações ou entidades consorciadas criadas antes da Lei 11.107/2005 não estão obrigadas a transforma-se em consórcios públicos, no entanto, o artigo 38 do Decreto 6.017/2007 condicionou a celebração de convênios da União com consórcios públicos sob a forma de associação pública ou que para essa forma tenha se convertido, sendo vedada a transferência de recursos caso exista alguma inadimplência por parte de qualquer dos entes consorciados.

Conclusão

A criação dos consórcios públicos, principalmente em nível municipal, possibilitou a descentralização da prestação de serviços públicos, a integração regional, a implementação de políticas públicas regionais e o fortalecimento da cooperação entre os entes federativos na gestão associada de serviços públicos e de interesse comum, tais como: saúde, saneamento básico, planejamento urbano e resíduos sólidos.

No aspecto organizacional, técnico e administrativo a maior dificuldade a ser enfrentada é a falta de qualificação dos gestores públicos e a baixa qualificação dos técnicos e servidores públicos que dificultam e retardam a gestão associada de serviços públicos por meio dos consórcios públicos.

Quanto ao regime de pessoal não há dúvida que ao consórcio público de natureza privada se aplica o regime celetista. No entanto, quanto ao consórcio público de natureza pública, firma-se o entendimento de que não só pode como se deve adotar em seu regime de pessoal quadro com cargos de provimento em comissão, estatutário, para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, e, cargos de empregado público, celetista, para as funções administrativas e operacionais.

A inclusão das atividades de planejamento, de regulação e de fiscalização para os consórcios públicos e a possibilidade de promover desapropriações, de instituir servidões, de outorgar por meio de concessão, permissão ou de autorização mediante licitação a delegação na prestação de serviços, bem como, a possibilidade de exercer atividades de arrecadação e cobrar tarifas são instrumentos de política regional que colaboram para que os municípios maiores contribuam com os menores e com isso diminua as diferenças econômicas e sociais e promova o desenvolvimento regional equânime e sustentável.

Para que os consórcios públicos possam se constituir, além de identificação da demanda, interesse comum, planejamento, depende de vontade política e estudos de natureza técnica, envolvendo os gestores, o corpo técnico e um diálogo permanente entre as equipes dos governos municipais, sendo que todas essas particularidades no campo técnico, jurídico e de gestão demandam acordos, diálogos e estudos regionais estratégicos.

Conclui-se afirmando que os consórcios públicos constituem-se atualmente num importante espaço de diálogo e de fortalecimento das relações entre o poder público e as organizações da sociedade civil, principalmente no âmbito regional, articulando parcerias, convênios, contratos e outros instrumentos congêneres, facilitando o financiamento e a gestão associada ou compartilhada dos serviços públicos de modo a assegurar a melhor solução para problemas complexos cuja resolutividade envolve múltiplos esforços, comprometimento de vários atores e a articulação permanente entre eles.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 2.135/00. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Publicado em DJE 07.03.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2135&classe=ADI-MC>> Acesso em 02 ago.2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 ago.2014

_____. Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm> Acesso em 02 ago.2014

_____. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm> Acesso em 02 ago.2014

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 que instituiu o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm> Acesso em 02 ago.2014

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que instituiu o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 02 ago.2014

_____. Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000 que instituiu a Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em 02 ago 2014.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de março de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 02 ago.2014

GARRIDO, Helena. Autonomia Municipal. In: GARRIDO, Helena; SILVA JÚNIOR, Jeconias Rosendo; RANGEL, Moacir (coord.). *O Poder Local na construção de uma nova realidade/ Conferência Nacional dos Municípios*. Brasília: CNM, 2012. p. 120-138.

HARGER, Marcelo. *Consórcios públicos na Lei n. 11.107/05*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 113-114).

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte. Del Rey, 1999. 232 p.

MAURANO, Adriana. *O poder legislativo municipal*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 176 p.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado Minas Gerais. Consulta n. 838.654 – TCEMG – Relatora: Conselheira Andriene Andrade, sessão de 06.02.2013. Disponível em <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/>> Acesso em 02 ago 2014.