

PARECER Nº : 009/2008

Exmo. Sr. Conselheiro:

Tratam os autos de consulta formulada pelo Sr. Oscar Martins Bezerra, Presidente do Consórcio Intermunicipal de Saúde do Vale do Arinos, mediante a qual solicita deste Tribunal de Contas parecer técnico acerca dos seguintes questionamentos:

- A forma de admissão dos funcionários do Consórcio Público de Direito Público é o Concurso Público regido pela CLT. Isso significa dizer que os funcionários que forem admitidos por concurso público não irão adquirir estabilidade e efetividade em seus cargos?
- As especialidades Médicas são alteradas a cada pactuação, conforme a necessidade de cada ente consorciado. O Consórcio Público pode fazer licitação para a contratação de prestação de serviço das especialidades médicas pactuadas, ou esses profissionais também deverão ser admitidos sob a forma de concurso público?

De início, observa-se que os requisitos de admissibilidade da presente consulta foram preenchidos em sua totalidade, de acordo com os artigos 48 e 49 da Lei Complementar nº269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas) e artigos 232 e 233 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas).

Passa-se ao parecer.

A Lei nº 11.107/2005 traçou normas gerais de contratação de consórcios públicos, sendo válida para todos os entes federados.

Ao tratar do regime jurídico dos consórcios, a Lei assim dispõe:

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, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público;

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.

O Decreto nº 6.017/2007 que regulamentou a Lei sobre Consórcios Públicos assim define:

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

I – consórcio público: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107 de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive na realização de objetivos de **natureza autárquica**, ou como

pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.

Desta forma, os entes da Federação consorciados poderão assumir personalidade de direito público ou privado. No caso do consórcio revestir-se de personalidade jurídica de direito público, os servidores poderão ser estatutários ou celetistas, conforme dispuser a legislação específica do consórcio.

Caso o consórcio público possua personalidade jurídica de direito privado, a Consolidação das Leis Trabalhistas regerá as suas relações empregatícias, devendo-se observar as normas de direito público no que tange à admissão de servidores, ou seja, o acesso ao emprego público deve ser feito por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme consta do §2º do art. 6º.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a possibilidade da existência de pluralidades de regimes jurídicos de servidores a partir da publicação da decisão liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135 no Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal deferiu parcialmente medida liminar em ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores - PT, pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, e pelo Partido Socialista do Brasil - PSB, **para suspender a vigência do art. 39, caput, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 19/98 (...), mantida sua redação original, que dispõe sobre a instituição do regime jurídico único dos servidores públicos (...).** Entendeu-se caracterizada a aparente violação ao § 2º do art. 60 da CF (...), uma vez que o Plenário da

Câmara dos Deputados mantivera, em primeiro turno, a redação original do caput do art. 39, e a comissão especial, incumbida de dar nova redação à proposta de emenda constitucional, suprimira o dispositivo, colocando, em seu lugar, a norma relativa ao § 2º, que havia sido aprovada em primeiro turno. Esclareceu-se que a decisão terá efeitos ex nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. (ADI 2.135-MC, Rel. p/ o ac. Min. Ellen Gracie, julgamento em 2-8-07, Informativo 474) *grifamos*

Desta forma, a partir desta decisão, só é possível a existência de regime jurídico estatutário, devendo, no entanto, manter o regime jurídico celetista para aquelas contratações efetuadas antes da publicação do julgado acima, ou seja, 14.08.2007, data da publicação da referida decisão, de acordo com a página do Supremo Tribunal Federal na internet, até que a Suprema Corte do país julgue em definitivo a questão.

A resposta da consulta considerará a existência dos dois regimes jurídicos, salientando que não é mais admitido a contratação de pessoal sob o regime jurídico de direito privado, ou seja, celetista.

Além disso, uma vez que a consulta versa sobre estabilidade e efetividade dos servidores públicos dos consórcios públicos de direito público, a análise das indagações serão restritas a essas associações públicas.

É necessário esclarecer a diferença entre estabilidade e efetividade dos cargos públicos. A efetividade, conforme consta do Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva, “na terminologia do Direito Administrativo, opondo-se à *inatividade* e *interinidade*, quer significar a qualidade ou caráter da função que é *permanente* e está *sendo exercida*”.

Estabilidade, segundo Cretella Júnior, "refere-se ao servidor público que, preenchendo os requisitos legais e estatutários, não pode perder o cargo", exceto pelas formas previstas na Constituição Federal.

Sobre esse assunto leciona José Afonso da Silva: "estabilidade significa que o servidor não pode ser demitido sem processo administrativo ou judicial; é uma garantia constitucional do funcionário; é vínculo ao serviço público, não ao cargo. A efetividade é vínculo do funcionário ao cargo: diz respeito à titularidade de atribuições de responsabilidades específicas de um cargo".

Ainda quanto à estabilidade, a regra geral em vigor é que os servidores públicos, detentores de cargos públicos, após três anos de efetivo exercício e aprovados no estágio probatório, adquirirão estabilidade, só podendo ser desconsiderada nos casos expressamente previstos no corpo da CF/1988 (art. 41).

Ressalte-se que tal garantia se restringe aos cargos de provimento efetivo, ou seja, aqueles que exigem a submissão a processo seletivo para o seu preenchimento. Por sua própria natureza, os cargos de nomeação e exoneração ad nutum, também chamados em comissão, não são alcançados por tal previsão constitucional. Vejamos os dispositivos previstos na Constituição Federal que tratam do assunto:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para **cargo de provimento efetivo** em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Assim, observando o texto constitucional, infere-se que os servidores detentores de cargo público são efetivos e poderão obter a estabilidade, desde que preenchidos os requisitos previstos no artigo citado.

A dúvida permanece quanto à estabilidade dos servidores celetistas, detentores, portanto, de emprego público, quando contratados antes de 14.08.2007, pois, como já fora visto, depois desta data não é mais possível a contratação de servidores sob o regime jurídico celetista. Como ainda existem servidores com contratos anteriores à decisão liminar do STF, também analisa-se esta situação.

Antes dessa decisão do STF, o TST se manifestou, por meio da Súmula 390, sobre a estabilidade dos servidores contratados sob o regime jurídico celetista. Vejamos:

Súmula nº 390 - TST - Estabilidade - Celetista - Administração Direta, Autárquica ou Fundacional - Empregado de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

O consórcio público, conforme dicção do Decreto regulamentador nº 6.017, de 2007 possui natureza autárquica e, de acordo com a Súmula acima, seus servidores podem adquirir a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal.

Como os empregados públicos de entidades autárquicas exercem a função em caráter permanente (pois não o fazem temporariamente ou interinamente), são efetivos e podem adquirir estabilidade desde que preenchidos os requisitos previstos na Lei Maior.

Daí se infere que só poderão perder o cargo ou emprego na forma prevista no §1º do art.41. Vejamos:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa

Em resumo e respondendo ao primeiro questionamento, em se tratando de consórcio público de direito público, os servidores devem ser contratados sob o regime jurídico estatutário, devendo a Administração Pública aguardar a manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal quanto aos contratos celetistas celebrados antes de 14.08.2007, a fim de conferir-lhes as consequências definitivas determinadas pelo STF sobre esta questão.

No entanto, diante da jurisprudência sumulada em outros Tribunais Superiores, entendemos que os servidores celetistas que exercem suas atividades nas autarquias e fundações públicas são beneficiários da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, devendo, contudo, ser reformado este entendimento caso a Suprema Corte julgar em sentido diverso, posto que o entendimento do STF tem efeitos *erga omnes* e vincula a Administração Pública

Na oportunidade sugerimos a alteração do seguinte verbete constante da Consolidação de Entendimentos Técnicos:

Acórdão nº 466/2004. Pessoal. Regime de trabalho. Vedação ao enquadramento de empregados públicos em cargos de provimento efetivo. O enquadramento de empregado público em cargo de provimento efetivo é inconstitucional, já que a investidura depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Para fazer constar a seguinte redação:

Acórdão nº 466/2004. Alterado parcialmente pelo Acórdão nº ... **Pessoal. Regime de trabalho. Vedação ao enquadramento de empregados públicos em cargos de provimento efetivo.** O enquadramento de empregado público **contratado sem o devido processo seletivo** em cargo de provimento efetivo é inconstitucional, já que a investidura depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

A segunda indagação versa sobre a possibilidade de realização de processo licitatório para contratação de médicos especialistas, tendo em vista que as necessidades dos municípios são alteradas a cada pactuação, ou se somente é possível admitir médicos por meio de concurso público.

Há vários Acórdãos do Tribunal de Contas que tratam do assunto e, nos moldes do art. 238 da Resolução nº 14/2007, são considerados prejudgados de tese.

Vejamos os acórdãos que tratam de concurso público, contratação temporária e processo licitatório que mais se afinam com a indagação formulada:

Acórdão nº 1.582/2001. Pessoal. Admissão. Realização de concurso público. Faculdade de contratação temporária nos casos estabelecidos em lei.

A Constituição Federal, no inciso II do artigo 37, determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. O inciso IX do mesmo artigo faculta a contratação por tempo determinado, desde que haja lei municipal regulando essa contratação.

Acórdão nº 100/2006. Pessoal. Admissão. Profissionais com profissão regulamentada. Atividades permanentes – concurso público. Serviços técnico-profissionais especializados - necessidade de licitação prévia.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que os serviços públicos de natureza permanente devem ser executados por pessoal aprovado em concurso público, prevendo a possibilidade de contratação temporária em casos de urgência e interesse público relevantes. Porém, para a contratação de serviços eventuais de natureza técnico-profissional-especializados, ofertados por profissionais com profissão regulamentada, a Administração Pública deve se pautar na Lei 8.666/93, que institui as normas para as contratações de serviços, dentre outras. Nesses casos, excetuados os casos de dispensa previstos no referido diploma legal, há necessidade da realização de processo licitatório, mesmo que seja para concluir pela sua inexigibilidade.

Acórdão nº 1.784/2006. Pessoal. Admissão. Contratação

temporária. Possibilidade, atendidas as condições. A contratação temporária de pessoal só é justificada para atender às demandas de excepcional interesse público, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime de elaboração de certame público).

Acórdão nº 947/2007. Pessoal. Admissão. Profissionais especializados. Atividades permanentes – concurso público. Serviços eventuais e não permanentes - necessidade de licitação prévia.

A administração pública deve, obrigatoriamente, contratar mediante processo licitatório quando os serviços a serem desempenhados por profissionais especializados forem eventuais e não permanentes ou quando o contratado for pessoa jurídica. No caso de serviços permanentes, deve o gestor público prever tal carreira em seu quadro de pessoal e realizar concurso público, devendo ser observadas as exceções previstas em lei.

Entende-se que o Acórdão nº 100/2006 responde com clareza o questionamento formulado, cabendo ressaltar que o ente público deve comprovar que os serviços a serem contratados por processo licitatório são incomuns e temporários e, portanto, não é razoável exigir a elaboração de concurso público, nem de processo seletivo simplificado que justifique a contratação deste médico especialista.

É o parecer que se submete à apreciação superior.

Cuiabá-MT, 10 de fevereiro de 2008.

Bruna Henriques de Jesus Zimmer
Consultora Adjunta de Estudos, Normas e Avaliação

Volmar Bucco Júnior
Consultor de Estudos, Normas e Avaliação em Substituição Legal

Carlos Eduardo Amorim França
Secretário-Chefe