

Campinas, 07 de janeiro de 2023.

CONSULTA nº 01/2023

Assunto: (Des)necessidade de lei específica para criação de vagas de emprego em ente privado da Administração

Interessado: Assessoria Jurídica do CEMMIL

Consulta-nos a assessoria jurídica do CEMMIL quanto à desnecessidade ou não da edição lei específica para que se criem vagas de emprego no âmbito do Consórcio, que se trata de ente privado da Administração.

É o que se tinha a relatar.

Inicialmente na condição de consultores em gestão pública do CEMMIL com o viés da área jurídica, acolhemos a consulta para a emissão de PARECER.

A questão trazida a lume inicialmente atrai uma análise quanto a natureza jurídica do CEMMIL e o regime jurídico estabelecido para as contratações de pessoal.

No que tange à natureza jurídica o Estatuto Social do CEMMIL em seu art. 4º, *caput*, prevê expressamente que se trata de uma associação privada sem fins lucrativos, nos termos da legislação civil, como se infere:

Art. 4º. CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL CEMMIL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, é um consórcio público privado, pessoa jurídica de direito privado com natureza jurídica de associação civil sem fins lucrativos instituído sob a regência do art. 44, do Código Civil.

Desta forma, o CEMMIL se trata de ente privado da Administração Pública, cujo regime jurídico está fixado pelo art. 173, da Constituição Federal, não se submetendo às normas da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional, pois, se trata de consórcio estabelecido sob a forma de pessoa jurídica de direito privado.

Sobre o tema destacamos o quanto já discorremos sobre o tema (CHAIB, 2021, p 79-84)¹:

3.2 A contratação de pessoal pelos consórcios públicos – regime jurídico

¹ CHAIB, R. **Consórcios Públicos como Instrumento de Cooperação Estatal**. São Paulo, SP: Fontenele Publicações, 2021.

Conforme já delimitado quando da análise da natureza jurídica dos consórcios públicos, os consórcios estabelecidos sob a forma de associação pública têm natureza autárquica e estão vinculados ao Regime Jurídico Público da Administração, submetidos, portanto, aos ditames do art. 37, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), quanto às contratações de pessoal, adstritos ao regime estatutário, à seleção por concurso público e à estabilidade funcional.

No que se refere aos consórcios públicos, instituídos como pessoa jurídica de direito privado (associações civis), estabeleceu inicialmente o Marco Regulatório, em seu p. segundo do art. 6º, que o regime de contratação de pessoal nos consórcios estabelecidos sob a forma de pessoa jurídica de direito privado é o celetista. Em recente atualização do Marco Regulatório, o regime celetista foi estendido também aos consórcios constituídos sob personalidade jurídica de direito público:

§ 2º O consórcio público, com 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), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Assim, os consórcios públicos privados não se vinculam ao regime de contratações da Administração Direta, Autárquica e Fundacional estabelecido no art. 37, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). **Estão assim vinculados ao regime celetista, por força do disposto no inciso II, do art. 173, à iniciativa privada, e sua regulamentação, afastando o regime estatutário/estabilitário e atraindo o regime celetista/fundiário, que não comporta um regime de contratação por concurso público, mas uma seleção pública, fixada por regulamento próprio.** Grifamos.

Logo, não é possível interpretar o p. segundo do art. 6º da Lei 11.107/05, no sentido de impor aos consórcios públicos estabelecidos como pessoa jurídica de direito privado a regra de contratação da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, prevista no art. 37, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o E. Tribunal Regional do Trabalho, ao julgar o processo nº 0049100-87.2009.5.15.0155, relator presidente desembargador Renato Buratto (BRASIL, 2011b), assim se manifestou:

“Saliente-se, por oportuno, que o Consórcio é uma pessoa jurídica de direito privado. Assim, o contrato de trabalho de seu pessoal é regido pela CLT, como ocorreu com a reclamante, e a ocupação de cargo de confiança não se fez nos termos do

art. 37, II, da CF, como quer fazer crer a recorrente, pois não se trata de cargo ou emprego público. Somente seria considerado emprego público se o consórcio fosse constituído na forma de pessoa jurídica de direito público, o que não é o caso, como se verifica no Estatuto, às fls. 87 e segs. Grifamos.

A reclamante foi contratada após processo seletivo e, posteriormente, nomeada ao cargo em comissão de Chefe de Recursos Humanos. A nomeação ao cargo não se deu nos termos do art. 37, II, da CF, pois não se trata de pessoa jurídica de direito público, repita-se.”

Note-se que a jurisprudência do E. TRT15 confirma o entendimento no sentido de que não se aplica aos consórcios públicos privados o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pois “não se trata de pessoa jurídica de direito público”. Mas, notadamente, de ente privado da administração.

Confirma esse entendimento o posicionamento do STF, na ADI 1923 (BRASIL, 2015b), ao se manifestar sobre o processo de contratação de pessoal pelas organizações sociais (entes privados que executam diretamente serviços públicos, até mesmo de saúde, principalmente no Estado de São Paulo), com destaque para os votos condutores dos ministros Ayres Britto e Luiz Fux, sobre o aspecto da observância aos princípios constitucionais da administração e da transparência dos processos de dispensa de licitação previstos para os contratos de gestão da Lei das OSs e contratação de pessoal, se manifestou o ministro relator Ayres Britto da seguinte forma:

“14. As dispensas de licitação instituídas nos arts. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, e no art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98, têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exige, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.”

(...)

E continua:

“...Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), **fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.** (grifamos) ...da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.”

Por fim, ao estabelecer a necessidade de respeito aos princípios da Administração Pública, positivados no caput do art. 37 da Constituição Federal, arremata o eminente ministro:

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição, à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

(...)

Por fim, indica alguns requisitos necessários à validade dessas contratações de empregados, como se extrai:

“66. Ex positis, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme a Constituição, a Lei nº 9.637/98 e o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:

(...)

(v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;

Note-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal na ADI 1923 (BRASIL, 2015b) deliberaram que, no caso de ente privado que execute serviço público, há a necessidade de que a contratação do pessoal seja procedida na forma do art. 37, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e pode-se afirmar: em especial, em respeito ao princípio da impessoalidade, com a seleção pública do pessoal. Logo, está claro que não é possível atrelar um ente privado da Administração ao regime jurídico de contratação de pessoal da Administração Direta, Autárquica e Fundacional previsto no art. 37, II, da CF (regime público), não sendo passível de procedimento de concurso público, mas, tão somente, de “seleção de pessoal com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade”. Sendo essa a orientação que se extrai do entendimento exarado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Fica evidenciado que, aos entes privados da Administração Pública e aqueles que prestam serviços públicos com delegação é aplicável o regime jurídico privado para as contratações de pessoal, estabelecido no art. 173, §1º, II, da Constituição Federal, que estabelece:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

A única ressalva se fixa no resguardo dos princípios constitucionais da publicidade e impessoalidade, determinando a necessidade de seleção pública com provas e títulos.

Por outro lado, no que se refere ao CEMMIL, seu Estatuto Social é **ratificado por leis municipais**, estabelecendo quanto às contratações de empregados o seguinte:

Art. 20. Compete à Assembleia Geral:

(...)

o) Aprovar o quadro de pessoal, suas alterações, e remuneração dos empregados do Consórcio, inclusive a do Coordenador Geral e dos demais integrantes da Secretaria Executiva, mediante proposta do SUPERINTENDENTE.

Art. 41. O Consórcio terá empregados a serem contratados nos termos previstos pelo §2º, do art. 6º, da Lei Ordinária, 11.107, de 06 de abril de 2005, e cujo número será fixado em relação aos serviços necessários e demandas municipais para atendimento às ações e serviços que lhes correspondam (art. 241, CF/88), por proposta elaborada pela SUPERINTENDÊNCIA e decisão da Assembleia Geral.

Parágrafo Primeiro. O número de empregados poderá ser alterado em razão de aumento ou redução na demanda dos serviços, por decisão da Assembleia Geral.

Parágrafo segundo. O regime jurídico das contratações é aquele previsto na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Evidencia-se que as leis ratificadoras do Estatuto Social do CEMMIL, estabeleceram os critérios para as vagas de emprego e o regime privado de contratação de pessoal, não sendo assim possível relaciona-lo com o regime de pessoal da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional.

Assim, as vagas de emprego são abertas de acordo com o disposto no art. 41 c.c. alínea “o” do art. 20, do Estatuto Social.

Reforçamos que o Estatuto Social decorre da ratificação das leis instituidoras do Consórcio, tendo assim suas cláusulas **caráter normativo** em razão da delegação de competências outorgada pelos Poderes Executivo e Legislativo municipais.

Logo, a abertura de vagas de emprego no âmbito do CEMMIL não demanda a edição de lei, mas, apenas a aprovação de sua Assembleia Geral, sendo fixadas através do Regulamento de Recursos Humanos – Deliberação nº 02/2021.

Sobre o tema **de há muito tempo o E. TCESP já acolheu o entendimento pela desnecessidade de criação de vagas de emprego para consórcios estabelecidos como pessoas jurídicas de direito privado**, podendo ser destacada a decisão exarada no PROCESSO - TC-000684/010/10, sentenciante MD. AUDITOR ANTONIO CARLOS DOS SANTOS, da qual destacamos o seguinte trecho:

Ainda sobre as alegações da defesa, no que pertine à natureza jurídica do CON 8, a matéria cabe algumas digressões sobre tal aspecto.

Pois bem: A Lei Federal nº 11.107, de 06 de abril de 2005, a norma geral sobre consórcios públicos, em seu art. 6º, § 2º, dispõe de maneira cristalina a situação de tais entes quando criados sob personalidade jurídica de direito privado.

Não resta dúvida sobre a sujeição dos consórcios públicos a normas de direito público, como bem preleciona a Professora Di Pietro: “[...] Embora o artigo 6º só faça essa previsão com relação aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público, é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade jurídica de direito privado. Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica administrativa para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la de fora do âmbito do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada. Todos os entes criados pelo Poder Público para desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica própria) ou indireta (se for instituído com personalidade jurídica própria). Até porque o desempenho dessas atividades dar-se-á por meio de descentralização por serviços[...]”.

Feitas tais considerações, resta constatar que assiste razão à defesa quando alega higidez na criação de cargos do Consórcio. De rigor tais cargos foram criados mediante resolução, com previsão constante do protocolo de intenções (art. 4º, IX, da Lei 11.107/05), refletido em seus estatutos, com a essencial aprovação, mediante lei, em sentido estrito, por todos os entes consorciados.

Portanto, legais as formas de criação e provimento de cargos do CON 8.

Fica evidenciado o caráter normativo do Estatuto do Consórcio determinando que a criação das vagas de empregos não se submete ao disposto no art. 61, §1º, II, “a”, da Constituição Federal.

Nesse sentido a decidiu o C. TST no RECURSO DE REVISTA – PROCESSO Nº RR-567-67.3013.5.10.003, Rel. Min. AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO, cuja ementa é a seguinte:

RECURSO DE EMBARGOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. NECESSIDADE DE LEI PARA ADMISSÃO DE TRABALHADORES EM EMPREGO EM COMISSÃO (CHEFIA, ASSESSORAMENTO E DIREÇÃO). Discute-se nos autos se a Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais - CPRM, empresa pública federal, na ausência de lei que expressamente a autorize, pode admitir trabalhadores para empregos em comissão. **As empresas públicas sujeitam-se, nos termos do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos**

direitos e às obrigações trabalhistas. No entanto, apesar de seus empregados serem contratados sob o regime da CLT, são admitido mediante aprovação em concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal). Tal circunstância decorre da sujeição de tais empresas a um regime jurídico híbrido, informado pela dinamicidade que tais entes necessitam para o desenvolvimento de suas atividades e pela observância dos princípios constitucionais da Administração Pública. Em síntese, a peculiaridade dessas entidades é sofrerem derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público. Dessarte, somente se submetem a normas de Direito Público naquilo em que a Constituição expressamente determine, ou quando houver disposição legal específica, mesmo assim se a lei não contrariar normas e princípios constitucionais concernentes à atuação do Estado na economia. A respeito da controvérsia, importa ressaltar que a Constituição Federal, ao dispor que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso, ressaltou as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF). Além disso, resguardou tais cargos às atribuições de direção, chefia e assessoramento no âmbito da administração pública, autorizando a ocupação destes também por agentes não concursados desde que respeitadas condições e percentuais mínimos previstos em lei, por servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo (art. 37, V, da CF). Por outro lado, ao disciplinar a necessidade de lei, de iniciativa do Presidente da República, para a criação de cargos, funções ou empregos públicos, **a Constituição Federal deixa claro que a exigência limita-se à Administração direta e autárquica, conforme se extrai da redação do artigo 61, § 1.º, II, "a", da Constituição Federal.** Como se percebe, as entidades empresariais do Estado não são alcançadas pelo aludido comando constitucional. Assim, se a Constituição não prevê a elaboração de lei para a criação de empregos que são providos mediante concurso público na administração indireta, à exceção das autarquias, não seria razoável sustentar que para a criação de "empregos em comissão" seria exigida lei. Há precedentes. Recurso de embargos conhecido e desprovido. Grifamos.

Do voto condutor, destacamos:

A CPRM é uma empresa pública e por isso está sujeita ao regime jurídico próprio da iniciativa privada, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas (art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal).

Os seus empregados, ex vi do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, têm necessariamente que ser contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

A empresa foi criada a partir da autorização contida no Decreto-lei 764/1969, diploma recepcionado pela Carta de 1988 com

hierarquia de lei ordinária, assumindo inicialmente a forma de sociedade por ações.

A Lei 8.970/1994 transformou-a em empresa pública federal e dispôs sobre outros assuntos pertinentes ao seu objeto, estabelecendo no parágrafo único do art. 11 que “*O regime jurídico do pessoal da CPRM será o da legislação trabalhista*”.

Ao disciplinar a necessidade de lei, de iniciativa do Presidente da República, para a criação de cargos, funções ou empregos públicos, a Constituição Federal deixa claro que a exigência limita-se à Administração direta e autárquica.

Veja-se a redação do art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição Federal:

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;” (negritei)

Como se percebe, as entidades empresariais do Estado não são alcançadas pelo aludido comando constitucional.

Na mesma hipótese se encontram os consórcios públicos estabelecidos sob a personalidade jurídica de direito privado, mais, precisamente de associação privada regida pela legislação civil². Pois, não se submetem aos ditames do art. 61, §1º, II, “a”, mas, ao regime do art. 173, §1º, II, da Constituição Federal.

Em CONCLUSÃO, pelos fundamentos trazidos, nos posicionamos pela desnecessidade de edição de lei específica para criação de vagas de emprego no CEMMIL.

S.M.J. é o nosso PARECER.


Rafael Angelo Chaib Lotierzo
OAB/SP 92.255

² Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

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