



Considerações sobre a Inclusão dos Contratos de Terceirização de Mão de Obra nas Despesas de Pessoal

Maira Coutinho Ferreira Giroto

Doutora em Linguística e Língua Portuguesa, Especialista em Direito Administrativo, Bacharel em Direito, Agente da Fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. maira@tce.sp.gov.br

RESUMO

O presente artigo se dedica ao estudo da inclusão das despesas de contratos de terceirização de mão de obra, no cômputo das despesas de pessoal dos entes da Federação, imposta pelo § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, sob os aspectos doutrinário, legal e constitucional, com o objetivo de contribuir para a compreensão teórica e prática dessa exigência para a execução indireta de serviços públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Lei de Responsabilidade Fiscal. Despesas de pessoal. Terceirização de mão de obra.

INTRODUÇÃO

O caput do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que a despesa de pessoal de todo ente da Federação abrange os gastos com a remuneração de agentes públicos ativos, inativos e pensionistas (tais como vencimentos e vantagens, subsídios, proventos de aposentadoria, reformas e pensões, adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza) e os encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

Em seu parágrafo primeiro, determina que sejam incluídos na despesa de pessoal, também, os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referirem à substituição de servidores e empregados públicos, devendo ser contabilizados como “outras despesas de pessoal”. Isso porque a opção pela execução indireta de serviços, necessariamente, desloca recursos públicos que seriam despendidos na remuneração de pessoal próprio da Administração para o pagamento de contratos de terceirização.

O objetivo deste artigo é contribuir para a compreensão teórica e prática do alcance do parágrafo primeiro, abrangendo tanto as possibilidades legais de terceirização de mão de obra pela Administração Pública como as características e circunstâncias que determinam a obrigatoriedade de inclusão das despesas decorrentes da execução indireta de serviços nas despesas de pessoal, para fins de apuração dos limites impostos pela Lei Fiscal.

Dessa forma, as seções deste artigo se dedicam ao estudo dos conceitos e

características dos contratos de terceirização, da substituição de servidores e empregados públicos, da terceirização de mão de obra em contratos administrativos e nas parcerias com o Terceiro Setor, sob os pontos de vista doutrinário, legal e constitucional das normas que regem a matéria.

1. CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

Por força do princípio da eficiência, consagrado no artigo 37 da Constituição Federal, a Administração Pública deve sempre observar critérios de economicidade, celeridade e qualidade na consecução de suas atividades. Nesse contexto, a terceirização de serviços públicos pode propiciar, entre outras vantagens a redução de custos, o ganho de qualidade, advindo da especialização dos fornecedores e prestadores da iniciativa privada, e a possibilidade de substituição das empresas contratadas (com o término da vigência ou rescisão contratual), nos casos em que os resultados almejados com os respectivos contratos administrativos não sejam por elas alcançados.

É inegável que a atuação de empresas privadas pode ser mais eficiente do que a execução direta de serviços públicos em determinados domínios, tendo em vista a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado (LOSS; PAFFARINI, 2015).

Existe fundamento na própria Constituição Federal para a terceirização de serviços pela Administração, pois o artigo 37, inciso

XXI, prevê a possibilidade de obras, serviços, compras e alienações serem celebrados mediante contratos precedidos de licitação. No mesmo sentido, o artigo 10 da Lei nº 8.666/93 dispõe que as obras e serviços podem ser executados de forma direta (com recursos materiais e humanos próprios da Administração) ou indireta, nos regimes de tarefa ou empreitada.

A empreitada de serviços não tem por objeto a prestação de um serviço contínuo, equivalente ao que seria executado por servidores públicos, e sim visa um resultado, por exemplo, uma auditoria ou uma pesquisa.

A Lei nº 8.666/93 define **serviço** como toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, relacionando como exemplos a demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro e trabalhos técnico-profissionais, e define **serviços técnicos profissionais especializados** (que podem ser contratados com inexigibilidade de licitação), abrangendo estudos técnicos, planejamento, projetos básicos, pareceres, perícias, avaliações e assessorias, por exemplo (artigo 6º, inciso II, e artigo 10).

São, portanto, duas espécies de serviços que a própria Lei de Licitações permite que sejam objeto de contratação, correspondendo ao contrato chamado de prestação de serviço ou de locação de serviço, o qual é válido por ter fundamentação legal (DI PIETRO, 2015). Já a terceirização sob forma de fornecimento de mão de obra “ocorre quando o tomador de serviço contrata uma empresa para que esta forneça pessoal para trabalhar dentro da empresa tomadora”, ou seja, no caso da

Administração Pública, seriam pessoas que trabalhariam para ela, embora sem vínculo empregatício (DI PIETRO, 2015).

Para Bruno (2011, p. 187), o sentido da expressão “terceirização de mão de obra”:

aparentemente objetiva alcançar as contratações de empresas e pessoas jurídicas de qualquer natureza, que tenham por finalidade básica o fornecimento de mão-de-obra, entendendo-se aqui as empresas prestadoras de serviço de vigilância, varrição, limpeza de prédios públicos, prestação de serviços burocráticos auxiliares, cooperativas de prestação de serviços de qualquer natureza, entre outras.

O autor salienta que, nesses casos, muito comuns nos Municípios brasileiros, a avença é bastante reduzida em seu objeto, ou seja, o contrato restringe-se tão somente e apenas ao fornecimento da mão de obra para atividades que, em geral, poderiam ser regularmente realizadas por servidores do quadro de carreira da Prefeitura (BRUNO, 2011).

Com frequência, esse tipo de terceirização inclui fornecimento e locação de material e equipamentos, com os respectivos custos inseridos no valor total da contratação, sujeitos a ser contabilizados, ante o mandamento legal (o citado § 1º do artigo 18), como “outras despesas de pessoal”, comprometendo recursos e submetendo a Administração aos limites dos artigos 19 e 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal, sem se constituírem estas despesas em verdadeiro dispêndio com pessoal (BRUNO, 2011).

Por essa razão, é importante que os processos licitatórios para contratações dessa natureza contemplem: a) a exigência de planilhas de preços unitários, discriminando a

composição dos custos diretos e indiretos da mão de obra e os demais custos da contratação; b) a previsão de que fará parte integrante do contrato a planilha de custos apresentada pela empresa vencedora do certame; c) cláusula contratual estabelecendo que, por ocasião da entrega de documentos fiscais e fatura, venham discriminados os valores relativos à mão de obra dos demais (BRUNO, 2011).

Desse modo, é possível identificar os valores que efetivamente correspondem à mão de obra e contabilizá-los na rubrica “outras despesas de pessoal”. Não por acaso, o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público da Secretaria do Tesouro Nacional define o respectivo elemento de despesa como “despesas orçamentárias relativas à **mão-de-obra constantes** dos contratos de terceirização, de acordo com o art. 18, §1º, da Lei Complementar nº 101, de 2000, computadas para fins de limites da despesa total com pessoal previstos no art. 19 dessa Lei” (BRASIL, 2018, p. 85; **grifos** nossos).

Por outro lado, as contratações de empresas para coleta domiciliar de lixo, elaboração de projeto de engenharia, manutenção

de equipamentos, fornecimento de software para atividades específicas e respectiva consultoria, administração de unidades de saúde, realização de concursos públicos, por exemplo, não estariam abrangidas pelo § 1º do artigo 18 da Lei Complementar nº 101/2000, embora necessitem de pessoal do contratado, pois envolvem administração, fornecimento de materiais, equipamentos, tecnologia, know-how em geral incompatíveis com a capacidade operacional das Prefeituras.

Os custos para sua criação, implantação e aquisição de equipamentos de forma direta representariam elevado ônus para os cofres públicos e, em muitos casos, tais objetos têm o condão de atender à necessidade da Administração em momento específico, “não havendo necessidade de que haja nos quadros permanentes servidores profissionais, com tal habilitação, eis que não se constituem em necessidades normais para a realização de suas atividades, inexistindo o requisito básico necessário da substituição de pessoal” (BRUNO, 2011, p.188).



Fonte: <https://pixabay.com/pt/>

2. DA SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS

De acordo com o § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, nem todos os contratos de terceirização de mão de obra devem ser contabilizados como “outras despesas de pessoal”, e sim apenas aqueles que se referem à substituição de servidores e empregados públicos. Desse modo, o dispositivo tem o condão de garantir a observância a duas imposições constitucionais: a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público e os limites aos quais devem se submeter a despesa com pessoal da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 37, inciso II, e artigo 169 da Carta Magna).

Segundo Di Pietro (2015), a redação do referido dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal dá margem a duas controvérsias: a dificuldade em afirmar o que é terceirização e a dificuldade em definir o que se quis dizer com substituição de pessoal. As seções 1 e 3 deste artigo abordam a primeira dificuldade, delineando o que se pode entender por terceirização de serviços e tratando da legalidade desse tipo de contratação por parte da Administração Pública, respectivamente.

No tocante à dificuldade concernente ao entendimento do que configuraria substituição de servidores e empregados públicos, a princípio duas interpretações doutrinárias se destacaram: uma corrente defendia que fossem considerados

apenas os cargos e funções que não constassem expressamente no quadro de pessoal da Administração, enquanto outra entendia que, sendo o serviço terceirizado de caráter permanente, deveria, mesmo inexistindo o cargo terceirizado, ser computado como “outras despesas com pessoal” (DA CRUZ, 2001).

Do ponto de vista do caráter permanente de determinados serviços ligados às atividades-meio da Administração, Bruno (2011) chama atenção para a contratação de cooperativas nas mais diversas áreas, tais como limpeza, serviço de apoio, vigilância, educação, saúde. Segundo o autor, apesar da forma de constituição destas, verifica-se a terceirização de mão-de-obra, que “substitui um serviço, uma atividade do Poder Público, que deve necessariamente ser realizado pela Administração, a fim de preparar as atividades-fim” e admitir o contrário seria “o estabelecimento de uma válvula para promoção permanente de burla do espírito norteador da Lei Fiscal, de estabelecer equilíbrio de receita e despesa, imposição rigorosa de limites nas despesas com pessoal” (BRUNO, 2011, p. 185).

Para a primeira corrente, no entanto, ou o serviço é de caráter permanente e a lei criou cargos vocacionados para executá-lo, não cabendo falar na substituição deles por terceiro, ou não há criação de tais cargos, sendo lícita a admissão de terceiros para prover as necessidades de pessoal do ente federativo (OLIVEIRA, 2001). Estando vago o cargo, como ele se destina a ser provido, a contratação não poderá ultrapassar o período de um ano, durante o qual “tem o Poder Público o dever de prover o cargo, realizando concurso, sob pena de apuração de responsabilidade do governante” (OLIVEIRA, 2001, p. 45).

Na mesma corrente, Toledo Junior e Rossi (2001) entendem que as atividades operacionais estranhas aos conteúdos laborais do plano de cargos e salários não devem ser incorporadas à despesa de pessoal, não serão classificadas na rubrica “outras despesas de pessoal”, não havendo, nesse caso, substituição de servidores ou empregados públicos. Sobre a possibilidade de tal interpretação incentivar a extinção de cargos não relacionados a funções típicas do Poder Público, ressaltam os autores que esse mister já é uma irresistível tendência no cenário institucional e que o instituto da extinção será, sempre, autorizado por lei (TOLEDO JUNIOR; ROSSI, 2001).

A partir da Emenda Constitucional nº 32/2001, o artigo 84, inciso VI, alínea “b”, da Constituição Federal autoriza o Presidente da República a extinguir funções ou cargos públicos, quando vagos, mediante decreto. Explica Di Pietro (2015) que Estados e Municípios, para procederem à extinção de cargos sem autorização legislativa (ou seja, mediante

decreto), precisam alterar as suas Constituições e Leis Orgânicas, pois o citado dispositivo constitucional fixa competências do Presidente da República, não sendo aplicável automaticamente aos Governadores e Prefeitos.

Para Cruz (2001) a polêmica acerca do que se deve entender por “substituição de servidores e empregados públicos” deveria ser urgentemente definida, dentro do que admite o artigo 24, inciso I, da Constituição Federal, pelo Poder Legislativo.

Atualmente, a definição a ser observada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios na contabilização de suas despesas com pessoal é encontrada no Manual de Demonstrativos Fiscais (9ª edição), aprovado pela Portaria nº 389/2018 da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda, como órgão central do Sistema de Contabilidade Federal, ao qual compete estabelecer normas e procedimentos contábeis para o registro dos atos e fatos da gestão orçamentária, financeira



Fonte: <https://pixabay.com/pt/>

e patrimonial dos órgãos e entidades da administração pública (artigo 17, inciso I, da Lei Federal nº 10.180/2001 e artigo 7º, inciso I, do Decreto Federal nº 6.976/2009).

Referido manual determina que, por força do disposto no § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, sejam classificadas no elemento de despesa 34 – Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de Terceirização “as despesas relativas à mão de obra, constantes dos contratos de terceirização, **empregada em atividade-fim da instituição** ou inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo respectivo **plano de cargos e salários** do quadro de pessoal” (BRASIL, 2018, p. 493). Dispõe, ainda, que não sejam incluídas nessa rubrica as terceirizações que, simultaneamente:

a) sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade (atividades-meio), na forma de regulamento, tais como: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática – quando esta não for atividade-fim do órgão ou Entidade – copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações;

b) não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou seja, relativas a cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente; e

c) não caracterizem relação direta de emprego como, por exemplo, estagiários. (BRASIL, 2018, p. 493-494)

3. DA LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O objetivo ou a vantagem dos contratos de fornecimento de mão de obra, celebrados como se fossem contratos de prestação de serviços, seria a ausência de vínculo empregatício dos funcionários do contratado com a Administração Pública, liberando-a de arcar com os encargos sociais. Segundo Di Pietro (2015), esse tipo de ajuste desrespeita as normas relativas aos servidores públicos, pois não adiantaria existir um capítulo na Constituição Federal sobre servidores públicos ou a exigência de concurso público para investidura em cargos e empregos públicos, se pudessem ser deixados de lado e substituídos por funcionários contratados por meio de empresa intermediária.

É importante lembrar que, por não estarem investidos em cargos, empregos ou funções públicas, esses funcionários não podem ser considerados servidores públicos, de modo que não podem assinar documentos, não podem praticar atos administrativos, não podem assinar contratos, não podem aplicar penalidades, mas apenas prestar atividades puramente materiais que não tenham nenhuma consequência jurídica para a Administração Pública (DI PIETRO, 2015).

Além disso, essa forma de contratação pode favorecer o apadrinhamento político, por exemplo, com a empresa intermediária contratando pessoas indicadas por agentes políticos,

além de expor a Administração ao risco de responder perante a Justiça do Trabalho por verbas e encargos trabalhistas não honrados pela empresa, nos casos enquadrados nos incisos II, IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho¹ (DI PIETRO, 2015).

Segundo Di Pietro (2015), há grande dificuldade em distinguir o contrato de prestação ou locação de serviços, autorizado pelo artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e pela Lei nº 8.666/93, do contrato de fornecimento de mão de obra (ilegal por desrespeito às normas constitucionais sobre servidores e empregados públicos), porque as diferenças entre eles são muito tênues. A autora faz, em síntese, a seguinte diferenciação (DI PIETRO, 2015):

- Na locação ou prestação de serviços, a empresa é contratada para executar determinada atividade, sendo indiferente, para a Administração contratante, quem são as pessoas físicas que vão prestar o trabalho. Se a Administração escolher ou indicar as pessoas que o prestarão, estará caracterizada a pessoalidade e, portanto, haverá contrato de fornecimento de mão de obra;
- Na locação ou prestação de serviços, todas as negociações são feitas diretamente com a empresa contratada e não com seus empregados. Se o empregado praticar uma irregularidade, a

Administração não vai puni-lo, não vai transferi-lo, não vai dispensá-lo, mas sim punir a empresa, notificá-la para que corrija a irregularidade;

- Nos contratos de fornecimento de mão de obra, em geral, os funcionários da empresa contratada utilizam os equipamentos da própria Administração (computador, material de limpeza etc.) e às vezes até recebem ordens de servidor ou autoridade administrativa, o que caracteriza subordinação, enquanto nos contratos de prestação de serviços esse entendimento direto se dá entre a Administração e a empresa, e é esta quem fornece os equipamentos e materiais necessários aos trabalhos.

Para a autora, o verdadeiro contrato de locação de serviços não constitui despesa com pessoal e, portanto, está fora dos limites de gastos com pessoal, enquanto o contrato abrangido pelo § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal é o de fornecimento de mão de obra, que é ilegal, cabendo crítica ao referido dispositivo por fazer referência a esse tipo de contrato (DI PIETRO, 2015). Nesse sentido, advoga a interpretação do § 1º do artigo 18 que, sendo o contrato de fornecimento de mão de obra legal ou ilegal, ele entra no limite da despesa com pessoal.

¹ “II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (...) IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

Assim, uma licitação pode ter observado as leis de regência, com garantia de igualdade de condições a todos os concorrentes, mas o respectivo contrato ser considerado ilegal se o cargo do quadro de pessoal cujas atribuições coincidem com o objeto contratado não estiver extinto ou quando há terceirização de professores e médicos, por exemplo, tendo em vista que educação e saúde são atividades-fim do Estado (ressalvadas apenas as hipóteses dos artigos 199 e 209 da Constituição Federal).

De acordo com Di Pietro (2015, p. 36-37), no âmbito da Administração Pública, o que interessa é “a terceirização da atividade-meio, pois terceirizar a atividade-fim não é possível, a menos que se queira acabar com a Administração Pública, acabar com o próprio Estado” e acrescenta a autora que “no dia em que o Estado terceirizar a sua atividade-fim, ele perderá grande parte de sua utilidade”.

Em resumo, é possível vislumbrar três situações distintas: em primeiro lugar, o contrato de locação de serviços sob a forma de empreitada, com um objetivo determinado (uma pesquisa ou uma auditoria, por exemplo) e sem as características de subordinação e pessoalidade, perfeitamente lícito, por não se tratar de fornecimento de mão de obra e que, por isso, não entra na despesa de pessoal (DI PIETRO, 2015).

Em segundo lugar, o fornecimento de mão de obra, que pode ser considerado ilegal por contrariar as normas constitucionais relativas aos servidores e empregados públicos. Entretanto, esses contratos, em geral, são considerados legais quando envolvem atividades-meio da Administração e não se equiparam a cargos existentes em seu quadro de pessoal,

como certas atividades de caráter contínuo, sem um resultado específico, tais como limpeza, vigilância, assistência técnica e serviço de ascensorista. Estes, em geral, não são considerados na despesa com pessoal, conforme exposto na seção 2 deste artigo.

E, por último, os contratos de fornecimento de mão de obra que são celebrados para execução de atividades-fim da Administração ou para substituição de cargos que não tenham sido extintos de seu quadro de pessoal. Estes são considerados os principais (se não os únicos) casos de inserção obrigatória nas despesas com pessoal nos termos do § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, independentemente do reconhecimento da legalidade ou ilegalidade da contratação, nas esferas administrativa ou judicial, por afronta às normas constitucionais relativas aos servidores e empregados públicos ou por inobservância da legislação que rege as licitações e contratos administrativos.



Fonte: <https://pixabay.com/pt/>

4. DA CONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 18 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Bruno (2011) identifica duas correntes doutrinárias que divergem quanto à constitucionalidade do § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, face ao disposto no artigo 169 da Constituição Federal: “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”.

A primeira corrente entende que o dispositivo supera os limites estabelecidos pelo artigo 169, pois o constituinte delimitou o campo de abrangência do dispositivo ao referir-se a pessoal ativo e inativo, referindo-se expressamente a agentes públicos vinculados juridicamente ao Estado tanto pelo regime estatutário como celetista. Não estariam, portanto, incluídas as despesas decorrentes de contrato de cessão de mão de obra² para a substituição de servidores, restando concluir que tal inserção estaria em frontal desacordo com a disposição constitucional permissiva (Bruno, 2011). O autor alinha-se a esta corrente, ao afirmar que:

Inobstante parecer meritória e justa a pretensão do legislador ao pretender evitar a burla, a fraude por administradores, notadamente, nos Municípios onde se pretende atender os interesses particulares com mais ênfase, o vício da inconstitucionalidade parece tisonar gravemente o dispositivo eis que o próprio texto constitucional, claramente, restringe as despesas a pessoal próprio, em momento algum, admitindo oferecer-se uma interpretação tão elástica, para permitir refrear a tentativa de burla dos limites impostos. (Bruno, 2011, p. 184)

A outra corrente entende que a lei não inseriu a mão de obra cedida como despesa de pessoal, mas apenas estabeleceu que, quando estiverem em substituição a servidores e empregados públicos, as despesas correspondentes sejam contabilizadas como despesa de pessoal (Bruno, 2011).

Tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238-5/DF, interposta por partidos políticos, que tem por objeto a Lei de Responsabilidade Fiscal em sua integralidade, bem como alguns de seus dispositivos em específico, entre eles o § 1º do artigo 18, por contrariar, não o artigo 169, mas os incisos II e XXI do artigo 37 da Constituição Federal, com pedido de medida cautelar de suspensão dos dispositivos impugnados.

O inciso II exige que a investidura em cargo ou emprego público seja precedida de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado

² Nos termos do § 3º do artigo 31 da Lei Federal nº 8.212/1991, a cessão de mão-de-obra consiste na “colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação”. O conceito corresponde à terceirização nas contratações públicas, tendo em vista a previsão expressa no § 2º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93: “a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”.

em lei de livre nomeação e exoneração) e o inciso XXI estabelece que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados pela Administração Pública mediante processo licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Sustentam os autores da ação que, à luz do inciso XXI do artigo 37 do texto constitucional, os contratos mencionados no § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal se referem a serviços ou obras, enquanto contratos de terceirização de mão de obra não existem no âmbito da Administração Pública. Acrescentam que não é possível equiparar a terceirização de mão de obra a contratos de terceirização de serviços ou de obras, que visam um resultado final para a Administração e nos quais a mão de obra é responsabilidade exclusiva do contratado.

Aduzem, ainda, que o § 1º do artigo 18 implica equiparar os funcionários das empresas contratadas pela Administração a servidores públicos, o que é impossível sob a ótica do disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.

O pedido cautelar foi indeferido e, na respectiva decisão, o Relator da ação à época, Ministro Ilmar Galvão, adotou o seguinte entendimento:

Ocorre que a terceirização da mão-de-obra, prática já corriqueira na Administração, poderá vir a ser largamente utilizada na substituição de pessoal, pelo Poder Público, com o fito de ladear o limite de gasto com pessoal. A providência legal, de finalidade contábil, tem ainda o mérito de por um dique à contratação indiscriminada

de prestadores de serviço, valorizando o servidor público e o concurso. Não há inconstitucionalidade a registrar. (STF – ADI 2.238-5/DF, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Data de Publicação: DJe nº 172, de 12/09/2008)

A matéria, entretanto, ainda não foi julgada em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal que, após iniciar o exame do mérito da ADI 2.238-5/DF, suspendeu o julgamento em sessão extraordinária de 21/08/2019³.

5. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA NAS PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR

Em sua maioria, as parcerias com o Terceiro Setor têm por objeto a prestação de serviços essenciais de assistência social, saúde e educação, quando a transferência de recursos públicos às entidades privadas se mostra opção mais econômica do que a execução direta pela Administração e quando (principalmente no caso dos serviços de saúde) suas disponibilidades materiais, de recursos humanos e financeiras se mostram insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população.

Portanto, a execução indireta de serviços no caso das parcerias com o Terceiro Setor envolve atividades-fim do Estado, aproximando-se da hipótese prevista no § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, qual seja, da obrigatoriedade de contabilização das respectivas despesas como “Outras Despesas de

³ STF – ADI 2.238-5/DF, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Data de Publicação: DJe nº 172, de 16/09/2019.

Pessoal” e, por conseguinte, de sua inclusão na despesa total para fins de apuração do percentual de gasto com pessoal em relação à receita corrente líquida.

É esse o entendimento adotado no Manual de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacional, desde sua 9ª edição, válida a partir do exercício financeiro de 2019, que assim dispõe:

Além da terceirização, que corresponde à transferência de um determinado serviço à outra empresa, existem também as despesas com pessoal decorrentes da contratação, de forma indireta, de serviços públicos relacionados à atividade fim do ente público, ou seja, por meio da contratação de cooperativas, de consórcios públicos, de organizações da sociedade civil, do serviço de empresas individuais ou de outras formas assemelhadas. (BRASIL, 2018, p. 495)

Recentemente, a Portaria no 233/19 da Secretaria do Tesouro Nacional determinou, em seu artigo 1º, que, até o final do exercício de 2019, sejam definidas as rotinas, as contas contábeis e as classificações orçamentárias, com a finalidade de viabilizar a “operacionalização do adequado registro dos montantes das despesas com pessoal das organizações da sociedade civil que atuam na atividade-fim do ente da Federação e que recebam recursos financeiros da Administração Pública”.

O parágrafo segundo do mesmo dispositivo autoriza, para os exercícios de 2018 a 2020, que os referidos montantes das despesas com pessoal das organizações da sociedade civil não sejam levados em consideração no cômputo da despesa total com pessoal do ente contratante, sendo plenamente aplicáveis, a

partir do exercício de 2021, as regras definidas no Manual de Demonstrativos Fiscais, ou seja, o cômputo das despesas com pessoal decorrentes de parcerias com o Terceiro Setor.

A exemplo das medidas apresentadas na seção 1 deste artigo para os processos licitatórios, é importante que os projetos, planos de trabalho e outras formas de documentos descritivos dos objetos das parcerias com o Terceiro Setor tenham como foco os resultados efetivos a serem atingidos pelas entidades e, quando inevitável a inclusão de custos de mão de obra a serem financiados por recursos públicos, que sejam claramente separados dos demais custos, para que estes últimos não sejam considerados no cômputo da despesa com pessoal para fins de apuração dos resultados fiscais da Administração.

A definição dos objetos das parcerias com o Terceiro Setor com foco em resultados não é novidade no Direito Pátrio, pois, anteriormente às Leis Federais números 8.666/93, 9.637/98, 9.790/99, 11.079/04 e 13.019/14, que regulamentam os principais instrumentos de formalização dessas parcerias, a Lei Federal nº 4.320/64 já havia estabelecido, para os repasses destinados à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional (na forma de subvenções sociais), que os respectivos valores fossem calculados “com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados” (artigo 16, parágrafo único; grifos nossos).

CONCLUSÃO

Este artigo pretendeu apresentar questões legais, doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem a terceirização de mão de obra pela Administração Pública e a exigência de inclusão de contratações dessa natureza nas despesas de pessoal dos entes da Federação imposta pelo § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Embora as normas de contabilidade pública tenham fixado com clareza as hipóteses de incidência do dispositivo, o estudo daquelas questões se mostra útil à compreensão da complexidade do tema e do desafio que ele representa para a Administração Pública, principalmente quanto à responsabilidade fiscal e à observância da legalidade e da efetividade nos contratos e parcerias firmados com a iniciativa privada que envolvem a terceirização de mão de obra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 8ª edição. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2018. 467 p.

_____. Secretaria do Tesouro Nacional. **Manual de Demonstrativos Fiscais**: aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Subsecretaria de Contabilidade Pública, Coordenação Geral de Normas de

Contabilidade Aplicadas à Federação, 2018. 654 p.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Lei de responsabilidade fiscal e orçamento público municipal**. Curitiba: Juruá, 2011. 299 p.

CRUZ, Flávio da (coordenador). **Lei de responsabilidade fiscal comentada: Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000**. São Paulo: Atlas, 2001. 347 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Terceirização municipal em face da lei de responsabilidade fiscal. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 161, p. 36-44, maio 2015.

LOSS, Marianna Martini Motta; PAFFARINI, Jacopo. A terceirização, a responsabilidade estatal e o desenvolvimento sustentável: o desafio da conciliação. In: **Revista do Mestrado em Direito - RVMD**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 116-154, jul-dez, 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Responsabilidade fiscal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 183 p.

TOLEDO JUNIOR, Flávio C.; ROSSI, Sérgio Siqueira. O município e a lei de responsabilidade fiscal. In: QUADROS, Cerdônio (organizador). **Responsabilidade fiscal: estudos e orientações: uma primeira abordagem**. São Paulo: Editora NDJ, 2001. p. 33-96.