

TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NOS MOLDES PRECONIZADOS PELO ARTIGO 18, § 1º, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

DÉCIO SEIJI FUJITA¹

RESUMO

O § 1º do artigo 18 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, dispõe que “Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal". Observando o dispositivo citado, nota-se *prima facie* que há aparente inconstitucionalidade, uma vez que trata-se de substituição de servidores e empregados públicos sem a realização de concurso público em desobediência aos ditames do inciso II do artigo 37 da Constituição República. Importa anotar que se tal substituição for realizada, em que pese a doutrina abalizada entender ser inconstitucional, as despesas com esta substituição deverá ser contabilizadas como outras despesas com pessoal. Diferente é a contratação por meio de licitação de empresas para prestar serviços públicos, na qual estas despesas não são computadas como outras despesas com pessoal.

Palavras-chave: artigo 18, § 1º da Lei Complementar nº 101/2000, agentes públicos, concurso público, contabilização das despesas.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Penal e Tributário, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Tributário pelo Centro Universitário de Bauru.

SUMÁRIO

1 – AGENTE PÚBLICO.....	03
2 – INCONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA PARA SUBSTITUIR SERVIDORES PÚBLICOS.....	05
3 – CONTABILIZAÇÃO DAS DESPESAS QUANDO REALIZADAS TERCEIRIZAÇÕES NOS MOLDES PRECONIZADOS PELO ARTIGO 18, § 1º, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL	07
4 – CONCLUSÃO.....	12
REFERÊNCIAS	13

1 – AGENTE PÚBLICO

Para o ingresso no serviço público a Constituição da República, adotou como regra, a prévia aprovação em concurso, consoante dispõe o inciso II do artigo 37 “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Com a aprovação no concurso público, há a nomeação e posse do candidato de acordo com a sua classificação e, posteriormente, a sua entrada em exercício.

O termo “agente público” segundo a classificação adotada pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro é gênero do qual são espécies os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público.

Agentes públicos na concepção da doutrinadora supracitada “é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”²

Dentre os servidores públicos em sentido amplo, encontramos os servidores estatutários, ocupantes de cargos públicos e sujeitos ao regime jurídico estatutário; os empregados públicos, ocupantes de emprego público e submetidos às regras da legislação trabalhista comum e os servidores temporários, ao quais exercem apenas função pública temporária sem se vincularem a cargo ou emprego público.

Dessa forma, nota-se que somente os servidores estatutários estão submetidos ao regime jurídico específico e, como bem lembrado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro³

Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes.

² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 510.

³ *Direito administrativo*, cit., p. 513.

Ressalte-se que em razão desta peculiaridade, os servidores estatutários têm regime previdenciário diferente dos empregados públicos e demais empregados da iniciativa privada, pois contribuem para um regime próprio diverso do regime geral de previdência social.

Por fim, importante frisar que, como regra, em razão do princípio do concurso público, não se pode terceirizar a mão-de-obra em substituição de servidores e empregados públicos, entretanto, se mesmo assim for realizada a substituição, as despesas geradas deverão ser enquadradas como “Outras Despesas de Pessoal”, nos moldes determinados pelo artigo 18, § 1º, da Lei Complementar nº 101/2000, que deverá observar os limites impostos pelos artigos 19 e seguintes da mesma Lei Complementar.

2 – INCONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA PARA SUBSTITUIR SERVIDORES PÚBLICOS

De início, cumpre esclarecer que a terceirização de mão de obra nos moldes preconizados pelo artigo 18, § 1º, da LRF, segundo a doutrina mais abalizada, é tida como inconstitucional em virtude da burla a exigência constitucional de concurso público (artigo 37, II, da CF).

Para melhor ilustrar, citamos o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o tema terceirização:

“Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula de prestação de serviços técnicos especializados, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração direta e indireta do Estado. Tais pessoas não têm qualquer vínculo com a entidade onde prestam serviços, não assumem cargos, empregos ou funções e não se submetem às normas constitucionais sobre servidores públicos. Na realidade, a terceirização, nesses casos, normalmente se enquadra nas referidas modalidades de terceirização tradicional ou com risco, porque mascara a relação de emprego que seria própria da Administração Pública; não protege o interesse público, mas, ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais, com salários pagos e com os encargos sociais; não observa contratações temporárias; contrata servidores afastados de seus

*cargos para prestarem serviços, sob outro título, ao próprio órgão do qual está afastado e com o qual mantém vínculo de emprego público”.*⁴

O Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM, da Fundação Prefeito Faria Lima, na obra Comentários à Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal, publicada em 2001, também entende impossível essa contratação ao asseverar que *“É inadmissível, portanto, na seara da Administração Pública, a contratação de mão-de-obra nos moldes preconizados pelo § 1º da LRGF, pois vislumbra instrumento contratual cuja utilização esbarra no ordenamento jurídico constitucional. A celebração de contratos de fornecimento de mão-de-obra não pode servir de subterfúgios para a realização de concurso público, certamente inafastável por imperativo constitucional, ressalvada a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração”.*⁵

⁴ Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas, 3. ed. São Paulo, Atlas, 1999, p. 166/167.

⁵ Op. Cit., p. 103.

3 – CONTABILIZAÇÃO DAS DESPESAS QUANDO REALIZADAS TERCEIRIZAÇÕES NOS MOLDES PRECONIZADOS PELO ARTIGO 18, § 1º, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

O Manual de Demonstrativos Fiscais elaborado pela Secretaria do Tesouro Nacional, órgão do Ministério da Fazenda, aplicável à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios, 6ª edição, editada em 2014, com validade a partir do exercício financeiro de 2015, nos casos em que é realizada a terceirização determina que:

“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, serão classificadas no grupo de despesa 3 – Outras Despesas Correntes, **elemento de despesa 34** – Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de Terceirização. Essas despesas devem ser incluídas no cálculo da despesa com pessoal por força do §1º do art. 18 da LRF.

O Elemento de Despesa 34 – Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de Terceirização é definido como “Despesas relativas à mão de obra, constantes dos contratos de terceirização, classificáveis no grupo de despesa 3 – Outras Despesas Correntes, em obediência ao disposto no art. 18, § 1º, da Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000” “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.”⁶

⁶ Op. cit., p. 508.

Ressalte-se, portanto, que essas despesas, se realizadas, deverão ser computadas para fins de limites da despesa total com pessoal.

Este mesmo caminho é trilhado pelo Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM:

“Para nós, será considerado como despesa com pessoal qualquer dispêndio com contratação de empresa fornecedora de mão-de-obra, cujo objetivo é o de admitir pessoal através de interposta pessoa, e não diretamente por intermédio de concurso público, pouco importando se existem no quadro de pessoal cargos ou empregos e, se existirem, se estão vagos, ou ocupados, cujos exercentes estão temporariamente afastados.”⁷

Importante anotar que, consoante consta do referido Manual de Demonstrativos Fiscais:

“A LRF não faz referência a toda terceirização, mas apenas àquela que se relaciona à substituição de servidor ou de empregado público. Assim, não são consideradas no bojo das despesas com pessoal as terceirizações que se destinem à execução indireta de atividades 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;

⁷ Op. cit., p. 105.

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.”⁸

A título exemplificativo, o mesmo Manual de Demonstrativos Fiscais, faz referência as despesas com prestação de serviços de limpeza urbana e as despesa com empresas de consultoria considerando que:

“A limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos (atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas) são serviços públicos de saneamento básico e, como tal, podem ser prestados pelos municípios:

a) diretamente (atividade-fim), caso em que é cobrada, pelo poder público, taxa dos usuários, a qual tem como fato gerador a utilização efetiva ou potencial de serviços públicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; ou

b) indiretamente, sob o regime de concessão ou permissão, caso em que é cobrada tarifa.

O regime de prestação de serviço de limpeza urbana deve ser definido pela legislação local, atendidas as determinações constitucionais e legais. Se o regime de prestação de serviço for direto, as despesas com pessoal correspondentes deverão ser registradas nas linhas Pessoal Ativo ou Pessoal Inativo e Pensionistas, conforme o caso. **Se o ente, indevidamente,**

⁸ Op. cit., p. 508/509.

realizar contrato de prestação de serviços para substituir a execução direta, fica caracterizada a terceirização que substitui servidor ou empregado público e a despesa com pessoal deve ser registrada na linha Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de Terceirização (§ 1º do art.18 da LRF). Se o regime de prestação de serviço for de concessão ou permissão, a concessionária ou permissionária arcará com as despesas com pessoal, que não integrarão a despesa com pessoal do ente.

A prestação de serviço de limpeza urbana por entidade que não integre a administração pública do ente dependerá de processo licitatório e de celebração de contrato, vedando-se a celebração de convênio, termo de parceria ou outro instrumento. Além disso, a atividade de regulação, fiscalização e o acesso às informações sobre os serviços prestados não deverão ser prejudicados.

As despesas com empresas de consultoria devem ser, em geral, classificadas no grupo de natureza da despesa “Outras Despesas Correntes”, no elemento de despesa “35 – Serviços de Consultorias”, portanto, não integrante das despesas com pessoal. **No entanto, deve-se atentar para possíveis equívocos referentes à contratação de empresas de consultoria que embutem a contratação de pessoal que substitui servidor ou empregado público. Nestes casos, tal despesa deverá compor a despesa bruta com pessoal e ser regularmente registrada no elemento de despesa 34 – Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de Terceirização.** Recomenda-se que os serviços de consultoria somente sejam contratados para execução de atividades que comprovadamente não possam ser desempenhadas por servidores ou empregados da administração

pública, no âmbito do respectivo órgão ou entidade.”⁹ (grifos nossos)

Kioyoshi Harada, em artigo publicado em 11/04/2002, na mesma esteira de raciocínio, bem exemplificou a questão da inclusão da terceirização nos moldes preconizados pelo artigo 18, § 1º, da LRF:

“Se o Poder Público contrata uma empresa ou uma cooperativa de trabalho para ceder mão-de-obra a fim de substituir os médicos e os paramédicos, em um determinado hospital, em razão de férias ou licenças de seus titulares, a despesa respectiva entrará no limite da despesa de pessoal, pois, é a hipótese visada pelo § 1º, do art. 18. É claro que esses médicos e paramédicos não se transformarão em servidores públicos e nem a lei assim prescreve. **Porém, as despesas decorrentes dessa contratação, regular ou irregular, não importa, são computadas no cálculo da despesa total de pessoal.** Mas, se o mesmo Poder Público contratar uma empresa para gerir o hospital, ficando a cargo dela a contratação de mão-de-obra, as despesas de administração, de equipamentos, de remédios etc. estaremos diante de terceirização de um serviço público. Nessa hipótese não se aplica o § 1º, do art. 18, mas, a regra transitória do art. 72.”¹⁰

Portanto, da análise contextual, observamos que a terceirização nos moldes definidos pelo artigo 18, § 1º, da LRF, s.m.j., é inconstitucional na medida em que exterioriza nítida burla a exigência de concurso público, mas, se realizadas, devem ser contabilizadas como despesa total com pessoal.

⁹ Op. cit., p. 509/510.

¹⁰ <http://www.fiscosoft.com.br/a/23ug/despesas-de-pessoal-terceirizacao-de-mao-de-obra-kiyoshi-harada>, consultado em 16/06/2015.

5 – CONCLUSÃO

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), no seu artigo 19, define os limites com gastos dos entes públicos com pessoal.

O artigo 18, § 1º, da mesma legislação, determinou que “Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

Desse modo, se houver substituição de servidores ou empregados público para prestação de serviços públicos, deverá ser contabilizado nos moldes acima preconizados.

Importante lembrar que a doutrina mais abalizada no assunto entende ser inconstitucional a substituição de servidor público ou empregado público em virtude de afrontar a regra da necessidade de contratação por meio de concurso publico, conforme preconiza o artigo 37, II, da Constituição da República.

Oportuno ressaltar que se a prestação do serviço público ocorrer por meio de contratação de empresa por intermédio de procedimento licitatório, tal despesa não será contabilizada nos termos do artigo 18, § 1º, da Constituição Federal.

De todo modo, mesmo se a contratação de pessoal em substituição aos servidores públicos ou empregados públicos ocorrer em desobediência ao regime constitucional, tais despesas deverão ser contabilizadas como outras despesas com pessoal e conseqüentemente deverão obedecer aos limites de gastos com pessoal previstas nos artigos 19 e seguintes, da Lei Complementar nº 101/2000.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ROSA, Márcio Fernando Elias; e SANTOS, Marisa Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Editora Saraiva, 2004.

CRUZ, Flávio da; VICCARI JUNIOR, Adauto; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélio; TREMEL, Rosângela, **Lei de responsabilidade fiscal comentada**. São Paulo: Editora Atlas, 6ª edição, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 22ª edição, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição, 1999.

TOLEDO JUNIOR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciqueira, **Lei de responsabilidade fiscal comentada artigo por artigo**. São Paulo: Editora NDJ, 2ª edição, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros editores, 20ª edição, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 4ª Edição, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros editores, 22ª edição, 2003.