

O NOVO MILÊNIO E A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA RESPONSÁVEL

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Advogado

Resumo: Este artigo trata do tema da transferência das atividades do Estado a particulares, através da terceirização de mão-de-obra, sob o enfoque das mudanças ocorridas no ano 2000, quais sejam a revisão do enunciado 331, pelo TST, e a Lei de Responsabilidade Fiscal, que impôs limites às despesas com terceiros.

Palavras-Chave: Terceirização de Mão-de-Obra, Responsabilidade Fiscal, Serviço Público; Enxugamento do Quadro de Pessoal, Execução Indireta, Relação de Emprego, Merchandising da Mão-de-Obra; Limitação da Despesa com Pessoal, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

1. Noções e breve registro da evolução histórica

A terceirização constitui, ao lado de outros instrumentos bastante em voga, uma possibilidade, no âmbito da Lei, estabelecida para redução da participação do Estado, em tarefas impróprias. Os limites desse instrumento permitem vislumbrar a fronteira final do serviço público, em precisa consonância com a atual política que vem sendo implementada pelo governo e cujas raízes no direito positivo pátrio, contam mais de 30 anos de existência e, lamentavelmente, de incompreensão e inobservância.

Segundo o autorizado magistério do professor *Sérgio Pinto Martins*¹, a terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação, tanto pode envolver a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância e de manutenção em geral.

2. Contexto histórico-político

O crescimento desmesurado do Estado, fenômeno mundial que caracterizou o século passado e o início deste, estendeu com bastante amplitude a dimensão do conceito do serviço público, gerando um intervencionismo que procurava suprir a ausência de participação da iniciativa privada e, por outro lado, desenvolver o papel sócio-assistencial.

Sem laivo de dúvida, essa atuação sem limites provocou uma reação nos detentores do capital que passaram a enfrentar até uma desleal concorrência do

¹ A terceirização e o Direito do Trabalho, Sérgio Pinto Martins, Ed. Malheiros, SP, 1995.

Estado com a iniciativa privada. Lançando um ideário, nem sempre verdadeiro, que contrapõe o dilema “Estado burocrata” versus “particular eficiente”, fizeram buscar alternativas no Direito Privado para tratar problemas da Administração Pública, e mais tarde gizar uma fronteira do intervencionismo estatal.

Hoje, a questão do agigantamento do Estado encontra resistência e reação, notadamente quando o País elege Presidente da República com modelo neo-liberal. O neo-liberalismo consiste precisamente na idéia de restringir a atividade do Estado, ao extremamente mínimo necessário, deixando o exercício da atividade econômica para a iniciativa privada. Corolário dos postulados do neo-liberalismo é a redução do paternalismo estatal e das ditas “conquistas sociais”, para que os que detém o capital possam fortalecer sua atividade. Sobre outra ótica, o fenômeno da privatização é, também, um reflexo desse ideário.

Jerônimo Souto Leiria, sem dúvidas um dos maiores especialistas no tema no Brasil, ensina que:

“Há quatro modalidades consagradas de terceirização. Uma delas é a terceirização da primeira etapa, quando uma empresa industrializa matéria-prima pronta. Por exemplo, a malharia que faz a malha com um tipo de fio, cor e textura já elaborados. Depois, existe a terceirização da etapa intermediária, em que o produto ou serviço é agregado no andamento da cadeia produtiva. Por exemplo, a compra de serviços de alimentação ou limpeza. A terceira modalidade é a terceirização da etapa final, que acontece quando o modo de vender e prestar assistência técnica atende à vontade de quem concebeu o produto, mas é realizado por terceiros. Exemplo: o sistema de *franchising*. A quarta e última modalidade são as formas mistas de terceirização compostas pela união de duas ou mais etapas descritas anteriormente, chegando à sua expressão máxima que é a terceirização total. Exemplo: as cadeias de *fast food*, em que a produção, administração e comercialização são inteiramente realizadas por terceiros.”

Na atualidade já se fala no processo de quarteirização que seria a hipótese de contratar uma empresa para gerenciar todas as empresas prestadoras de serviços.²

Após as medidas iniciais de reforma do aparelho do Estado, no âmbito do respectivo Plano Diretor, passou a ser comum encontrar placas anunciando a missão de cada órgão. A partir dessa precisa definição da missão, a Administração Pública deve buscar seus novos paradigmas de atividades, revendo planos de carreira, enxugando o quadro de pessoal, terceirizando com competência as atividades.

3. Inovações na Terceirização

No ano 2000, mais dois fatores vieram a interferir no processo de contratação

² Sérgio Pinto Martins, ob. cit. p. 19.

de serviços, também conhecido como terceirização, no serviço público: a revisão do enunciado 331, pelo TST, e a Lei de Responsabilidade Fiscal.³

É preciso observar que o tema presta-se à polêmica, pois incidem poderosas forças antagonicas sobre essa nova forma de desenvolver as atividades no âmbito do serviço público:

- de um lado o manifesto interesse em proteger o trabalhador e a arrecadação previdenciária, definindo-se por lei a responsabilidade solidária entre o tomador do serviço e a pessoa jurídica contratada para executá-lo e, de outro, o interesse em reduzir as atividades do Estado para que esse possa melhor desincumbir-se do seu verdadeiro papel;
- sob outra perspectiva, vislumbra-se também o interesse de impedir que as atividades definidas como próprias do serviço público, a serem desempenhadas por servidores públicos e empregados públicos, sejam transferidas para a iniciativa privada, ensejando o aviltamento da mão-de-obra e a insegurança para a sociedade;
- decorridas mais de três décadas das diretrizes estabelecidas para a Reforma Administrativa que determinava que a Administração Pública para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução⁴ - e mais de cinco do lançamento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado - , ainda não se alcançou a clareza na definição do papel da Administração Pública. Forças políticas atuando contra a evolução necessária continuam contrapondo-se a adoção de critérios racionais, embora no plano legislativo não tenham faltado boas iniciativas, como o Decreto federal n.º 2.271, de 07 de julho de 1997;
- alguns fatos episódicos e de rara ocorrência, têm motivado pressões, no sentido de impor aos agentes públicos que contratam terceiros para executar serviços, um volume tão grande de verificações, como por exemplo regularidade de recolhimento do INSS, FGTS, PIS, IR, ISS, além de ter que verificarem a frequência dos empregados da contratada, horário de trabalho, pagamento de salário, RAIS, salário-maternidade, hora-extra, 13º salário, que acabam por anular completamente as vantagens do processo de terceirização;
- alguns tipos de contrato têm ensejado graves distorções no processo de terceirização, abrindo-se portas à corrupção administrativa. Nesse sentido, destacam-se determinados contratos de informática: há vários registros de casos em que os empregados da contratada chegam a receber até quatro vezes o salário dos servidores em cargos equivalentes; em outros, a Administração

³ Arts. 18, §1º, e 72, da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000.

⁴ Art. 10, § 7º, Decreto Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.

tem se tornado refém do contratado, pela dependência técnica e ausência de cláusulas contratuais de transferência de tecnologia, ensejando que os gestores públicos fiquem forçados a encontrar meios de burlar o processo licitatório para manter determinado contratado;

- por fim, iniciativas de alguns dirigentes em indicar para a contratada quem devem contratar estão estabelecendo uma relação inusitada que compromete toda a imagem de probidade do serviço público, criando “hierarquias paralelas” por vínculos não funcionais e promíscuos.

Mesmo assim, a terceirização de serviços, no âmbito da Administração Pública, pode ser implementada com sucesso, se forem adotadas determinadas cautelas.

Para tanto, compete aos órgãos dirigentes e, em especial os de Recursos humanos, papel decisivo na definição das ações programadas com vistas à fixação indelével dos limites da legalidade e qualificação dos servidores que irão gerir o processo de transição nessa linha evolutiva.

Como o tema exige uma ampla visão sobre a terceirização, mostra-se recomendável dividir em itens a análise.

3.1. terceirização lícita

O que pode e o que não pode ser terceirizado?

A resposta deve ser contextualizada no mesmo âmbito e com a mesma dificuldade que vive o Direito Administrativo, em relação ao conceito de *serviço público*. Ambos têm forte influência política na definição. O Direito, porém, fornece em cada época os limites precisos de cada um deles, admitindo-se uma nuvem cinzenta na zona intermediária.

Costuma-se afirmar que a atividade-fim de cada empresa ou instituição não pode ser terceirizada. À primeira vista, esta restrição é suficientemente clara; em termos práticos, contudo, há dificuldade de separar o que é propriamente atividade-fim. Veja-se o exemplo das companhias telefônicas e a extraordinária mudança de mentalidade que ocorreu até a privatização. No começo estendiam os cabos, importavam aparelhos telefônicos, gerenciavam a produção, reparavam os defeitos, com empregados do próprio quadro. Tudo isso era atividade fim. Mais tarde tornou-se raro o usuário do serviço ter contato com empregados dessas companhias: essas etapas da prestação do serviço foram terceirizadas; os empregados passaram a desenvolver as atividades de planejamento, controle e coordenação.

Desse modo, embora tal parâmetro seja enfatizado pela doutrina, não se revela o mais prático. Melhor mesmo é verificar o conjunto de atividades que o empregador, no caso a Administração Pública, definiu como específica dos integrantes do seu quadro de pessoal.

Esse parâmetro é o mais correto, pois:

- parte da manifestação de vontade dos dirigentes da empresa ou da vontade do legislador, que previamente estruturou o quadro de pessoal, distinguindo atividades próprias do quadro e, por exclusão, admitindo a terceirização das demais;
- evita pleitos trabalhistas buscando a caracterização da relação de emprego e equiparação entre empregados da contratada e empregado ou servidor do quadro da contratante;
- é medida de Justiça que não se colocuem lado a lado, pessoas sujeitas a regime de trabalho e salários diferentes;
- finalmente torna clara e flexível a possibilidade de transição com a adoção da figura de cargo ou emprego “em extinção”, viabilizando o decurso de tempo para adaptação.

A melhor norma a explicitar com clareza essa diretriz foi o Decreto federal n.º 2.271, de 07 de julho de 1997, que dispôs: “Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.”⁵

Essa norma deve, sempre que possível, ser adotada pelas demais unidades da federação, dada a clareza de suas disposições.

Completando a consolidação da melhor doutrina, o mesmo Decreto elucidou o que deve ser terceirizado:

Art. 1º. No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º. As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

O risco que se busca evitar é que mais tarde venha a ser reconhecido vínculo empregatício com o serviço público entre o contratado como serviços de terceiros e o órgão público tomador do serviço, porque isso obviaria qualquer planejamento ou mesmo a política de recursos humanos do órgão.

3.2. relação de emprego

⁵ Art. 1º § 2º.

Conforme doutrina e jurisprudência solidamente edificada, considera-se empregado quem mantém relação de trabalho com os seguintes atributos:

- **personalidade** os serviços devem ser prestados pessoalmente;
- **onerosidade** os serviços devem ser remunerados;
- **continuidade** os serviços devem ser prestados de forma não-eventual;
- **subordinação** na prestação dos serviços, o agente deve acatar ordens, ou ficar aguardando-as;
- **intencionalidade** vontade do trabalhador de constituir a relação de emprego.

Estando presentes esses requisitos, o Direito do Trabalho reconhece a existência de relação de emprego, tácita ou expressa.

Nesse diapasão, a terceirização que se opera com prestação de trabalho no estabelecimento do prestador de serviços foi ampliando seus horizontes, como ocorreu com a indústria automobilística.

Em linha diametralmente oposta, a terceirização que se opera com a subordinação direta da pessoa física, prestadora do serviço, ao contratante do serviço foi repelida. Nessa dimensão, a terceirização que se efetiva no estabelecimento da empresa que pretende ver sua atividade terceirizada, ou que gerência diretamente o grupo de trabalho, foi atrofiada.

Sempre admitiu-se, contudo, a terceirização dos serviços de vigilância e conservação conforme retratava o revogado *enunciado n 256* da jurisprudência uniforme do C. Tribunal Superior do Trabalho, que estabelecia:

“256. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.”

3.3. terceirização no serviço público

O verdadeiro marco evolutivo da terceirização deita raízes no Decreto-lei 200/67, o qual, no art. 10, § 7, recomendava, como visto, a terceirização, nos seguintes termos:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

....

§ 7. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que

exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Ocorre que a Administração também contratava mediante o regime da CLT e a Justiça do Trabalho julgava, tendo em conta os princípios gerais desse ramo do Direito, entre os quais a observância dos requisitos da relação de trabalho. Não tardou para que os empregados da contratada viessem a pleitear a relação de emprego diretamente com o tomador dos serviços e torrencial jurisprudência, ignorando o referido dispositivo, firmou-se aplicando-se o *enunciado* do TST já referido.

A Justiça Federal trilhou o mesmo entendimento, consagrando a súmula n 214 do Tribunal Federal de Recursos que dispõe:

“A prestação de serviços em caráter continuado, em atividades de natureza permanente, com subordinação, observância de horário e normas da repartição, mesmo em grupo-tarefa, configura relação empregatícia.”

O problema ainda agrava-se pela possibilidade da Administração contratar mediante o regime da Consolidação das Leis do Trabalho que, ao contrário do que alguns pretendentes à reforma do Estado sustentam, não é o regime jurídico adequado para reger as relações de trabalho dos servidores públicos.

É consabido que as raízes do Direito do Trabalho situam-se na transmutação do labor escravo para o trabalho livre, gerando os conflitos entre capital, nas mãos do empregador, e trabalho, forma de sobrevivência do hipossuficiente. Ademais, o trabalhador não poderia ser comprado como uma mercadoria.

Esse contexto conflitual que o Direito do trabalho agasalha e pacifica, e tem na CLT seu alicerce refletido, é incompatível com a relação que o Estado mantém com seus agentes, onde não há espaço para disputa, mas colaboração. No plano do dever-ser, o Estado e seus agentes têm vontades irmanadas na busca do interesse público.

A atuação do Estado na atividade econômica, hoje, pela Constituição Federal, constitui exceção, e só no âmbito dessa exceção é que se deveria admitir a aplicação do regime contratual, balizado pela CLT.

A deformação jurídica da intervenção desmesurada e abusiva, e a aplicação conseqüente da CLT, que lamentavelmente hoje se assiste, foi e é a causa de grandes conflitos jurídicos.

3.4. nova ordem constitucional

A Constituição Federal de 1988, acolhendo a classificação dos agentes públicos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello estabeleceu a categoria dos

servidores públicos, subdividindo-a entre servidores públicos civis (Administração direta, autárquica e fundacional, pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Pública) e servidores públicos empregados (empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública).

Surgia a noção de Regime Jurídico Único RJU para servidores públicos civis e a possibilidade da aplicação da CLT para servidores públicos empregados, conforme dispôs o art. 173, § 1, do estatuto político fundamental, que, a propósito, lembre-se permite a exploração de atividade econômica pelo Estado nas duas restritíssimas hipóteses que elenca no *caput*.

Para ambos os regimes de trabalho RJU e CLT foi estabelecido no art. 37, inciso II, a obrigatoriedade da prévia participação e a aprovação em concurso público.

Com essa exigência, de índole constitucional, a caracterização da relação de emprego com a Administração passou a requerer o concurso público.

Resultado dessa evolução, o enunciado n.º 256, transcrito, foi revisto pelo enunciado n 331, com a seguinte redação:

"331. Contrato de prestação de serviços - legalidade - revisão do enunciado n 256.

I - a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n 6.019, de 3 de janeiro de 1974).

II - a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, inc. II, da Constituição da República).

III - não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados - atividades-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto aquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial."

Promovida essa mudança na jurisprudência, não mais se admite o reconhecimento judicial da relação de emprego com o Estado, diante da terceirização, vez que para o êxito de uma eventual demanda é imprescindível que o reclamante tenha se submetido previamente ao concurso público, exegese que por certo facilita a terceirização.

Continua, porém, existindo o risco de:

a) a terceirização ser considerada ilegal, quando mascarar burla a concurso público.

Tal ocorre quando se contrata por instituição (privada ou pública, organização social, organização de interesse público) empregados para suprir postos de trabalho permanente, com subordinação direta, mediante remuneração, em caráter não eventual. Exemplifica essa irregularidade a contratação de secretária por interposta instituição. Nesse caso, embora não possa o juiz reconhecer o vínculo empregatício, poderá entender que houve burla ao princípio do concurso público impondo-se a regra do art. 37, § 2º da Constituição Federal, que implica nulidade da contratação e a responsabilização de quem deu causa;⁶ e

b) em determinados casos é possível ao Ministério Público, reconhecendo que a instituição só pratica o *merchandising* da mão-de-obra, intermediação ilícita pedir a extinção da mesma.⁷

Na prática, colhendo os preciosos ensinamentos da jurisprudência, deve a Administração Pública ao terceirizar os serviços, precaver-se no sentido de verificar:

a) recolhimento das obrigações relativas a seguridade social por parte da empresa contratada para terceirização;⁸

b) pagamento das verbas trabalhistas e seus consectários por parte da empresa contratada para terceirização;⁹

Além desses aspectos, como a terceirização se opera sob a égide da Lei n.º 8.666/93, é indispensável que para cada contrato seja designado um executor do contrato, agente da Administração Pública, que velará pela fiel execução do que foi

⁶ A responsabilização pode se dar no âmbito da Lei de Improbidade, art. 11, incisos I, II e V, da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992.

⁷ No Distrito Federal, já houve iniciativa do Ministério Público que funciona junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal nesse sentido.

⁸ Tendo em vista a Constituição Federal, que dispõe: 195. § 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. O TCU firmou o entendimento de que é obrigatória a regularidade com a seguridade social (FGTS e INSS) em face desse dispositivo constitucional. Precedente Processo Tribunal de Contas n.º 020.032/95-3, Decisão 705/94, TCU Plenário. Relator Ministro Paulo Afonso Martins de Oliveira, publicada no DOU de 6.12.94, seção 1, p. 18613. A verificação da regularidade das pessoas físicas pode ser dispensada conforme Decreto n.º 3.048, publicado no DOU de 07.05.99, seção 1, p. 50. Ainda é importante destacar que no caso de prestadoras de serviço público essenciais detentoras de monopólio a Administração Pública pode manter os contratos mesmo quando o contratado esteja inadimplente com a seguridade social, desde que apresente as devidas justificativas no processo, a vista do princípio da continuidade do serviço público, conforme Processo Tribunal de Contas n.º 004.389/96-4, TCU Plenário. Ministro Relator: Bento José Bugarin, publicado no DOU de 04.08.97, seção 1, p. 16667.

⁹ Mesmo dispondo de forma diversa da Lei n.º 8.666/93, art. 71, o TST vem obrigando os órgãos públicos ao cumprimento das obrigações trabalhistas, quando se dá a inadimplência do empregado. Com a atual redação desse enunciado, a mais alta Corte do Judiciário do Trabalho invalidou a eficácia da norma contida no precitado artigo da Lei n.º 8.666/93.

ajustado.¹⁰

3.5. descaracterizando a relação de emprego e a responsabilidade subsidiária

Nesse ponto, é importante sinalizar que alguns aspectos dificultam a iniciativa de pleitos buscando a relação de emprego e mesmo a responsabilidade subsidiária ou solidária do tomador do serviço e podem ser resumidos nos seguintes aspectos:

- a) trabalho feito no estabelecimento da empresa contratada. Embora possível o reconhecimento do vínculo há maior dificuldade de definir quem dá ordens, o horário de trabalho, a pessoalidade;
- b) serviço que não se define pelo efetivo que tem que trabalhar na execução do serviço. Quando for terceirizado determinado serviço, não podem e não devem, os agentes da Administração Pública, interferir no quantitativo a ser empregado na execução do trabalho. Quando imprescindível a indicação de postos de trabalho, como por exemplo no caso de vigilância ostensiva, a Administração deve indicar o posto e número de horas a ser garantido, deixando o contratado livre para definir o efetivo e, especialmente quem será contratado. Não raro, ouve-se afirmativa no sentido de que o Diretor indicou um servente para a empresa de conservação. Esse fato, mesmo que isoladamente, é ato de improbidade administrativa. Quando ocorre a terceirização, é absolutamente vedado interferir na gerência do contratado, ressalvado apenas para verificar o cumprimento das obrigações legais, que a Administração Pública possa a vir ser condenada pelo descumprimento.
- c) uso de materiais e equipamentos do contratado. O fato isolado não descaracteriza a relação de emprego, mas no conjunto é um indicativo de ausência de dependência econômica. Esse aspecto assume relevância, quando são utilizados equipamentos caros ou de alta tecnologia, de propriedade da empresa contratada.
- d) a completa ausência de contato entre os empregados do contratado e os agentes da Administração Pública. Nesse ponto, a própria Lei n.º 8.666/93 define que na execução do contrato os contatos a fiscalização deve ser feita pelo executor, gestor ou fiscal da Administração¹¹ e o preposto do contratado.¹²

3.6. regras sobre a contabilização

Até o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, a contabilização de serviços prestados por terceiros aos órgãos públicos poderia ser enquadrado, segundo as regras da vetusta Lei n.º 4.320, de 17 de março 1964, em quatro distintos elementos.

A Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade

¹⁰ Art. 67 da Lei n.º 8.666/93.

¹¹ Art. 67 da Lei n.º 8.666/93.

¹² Art. 69 da Lei n.º 8.666/93.

Elemento 37 "locação de mão-de-obra"

Elemento 39 "outros serviços de terceiros pessoa jurídica"

A dificuldade maior, porém, foi essa nova qualificadora "que se referem à substituição de servidores e empregados públicos". Como regra, a terceirização de serviços pode ou não estar substituindo servidores, ou seja, o uso de terceirização não quer dizer, necessariamente, que se está substituindo empregados ou servidores. É necessário, para definir se tal ocorre, conhecer três fatores fundamentais:

- a) objeto do contrato;
- b) a finalidade da instituição que toma o serviço;
- c) a definição de tarefas do quadro de pessoal.

A simples substituição de servidores por contratados mediante terceirização é ilegal. O que não é ilegal é que a Administração Pública transfira para o particular a execução de um serviço a atividade inteira para o qual esteja utilizando servidores ou empregados públicos; não se estará trazendo para a órbita do serviço público uma pessoa física para ser remunerada por interposta empresa, mas transferindo a execução, gerência e controle do serviço para uma empresa que utilizará seus próprios empregados na execução e para a qual a Administração Pública não mais utilizará seus servidores. Assim, mesmo permanecendo com o controle parcial da atividade sob seu domínio, o ônus do gerenciamento não será mais da Administração Pública. Portanto, a locução "que se referem à substituição de servidores e empregados públicos" na verdade é uma forma elíptica de se definir essa transição.

Se a atividade que vai ser executada por terceiro, mesmo sendo material acessória, instrumental ou complementar, integra o elenco de atividades previstas para um cargo ou emprego, a terceirização é ilegal.¹⁴ O fundamento da antijuridicidade repousa na definição pretérita em outro documento normativo no caso, lei para os casos de cargos, ou norma interna inclusa no Plano de Cargos e Salários, para as estatais estabelecendo que aquela determinada atividade será exercida por determinado cargo ou emprego.

Em síntese: só é admissível a terceirização de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares e, ainda assim, quando essas não estejam

¹⁴ Não encontra amparo legal contratar agenciamento de mão de obra por configurar-se contratação indireta de pessoal vedada pelo art. 37, II da Constituição Federal. As necessidades de pessoal temporário previstos na Lei 8.745/93, devem ser precedidas de processo seletivo. A Lei 5.645/70, art.3°, sofreu alterações c/ implantação do PCC. Nesse sentido inclusive a Súmula do TCU n.º 97 e várias decisões firmando categoricamente o entendimento de que as atividades a serem contratadas não podem encontrar correspondência nas atribuições do PCC nem na estrutura organizacional. Consulte a respeito Boletim CONED/set/95.

ACÇÃO POPULAR: Procedência pressupostos. Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado. Assim o é quando dá-se a contratação, por município, de serviços que poderiam ser prestados por servidores, sem a feita de licitação e sem que o ato administrativo tenha sido precedido da necessária justificativa. Recurso 160381-0-SP, publicado no DJU 12.08.94.

SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA, CONSERVAÇÃO E LIMPEZA. É, em regra, irregular a contratação de serviços, visando a execução de atividade próprias dos servidores, constantes do plano de cargos. Também é ilegal a execução de atividades não previstas inicialmente no contrato de prestação de serviços. Proc. TC 018.252/93-1; Relator: Ministro substituto. Lincoln M. da Rocha; Decisão n. 228/94 TCU Plenário; data: 13.04.94 -extraordinária-reservado.

Fiscal cuidou do tema empregando duas expressões diferentes: no art. 18, § 1º, *contratos de terceirização de mão-de-obra*; no art. 72, *serviços de terceiros*.

Estabelece o §1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º 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".

O parágrafo primeiro do art. 18 definiu regra específica e nova para a contabilização de "terceirização de mão-de-obra". Deve ser lido e interpretado com o art. 72.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, após definir, no "caput" do art. 18 o que deveria ser enquadrado como "despesa de pessoal" para fins de aplicação dos limites definidos nos artigos 19 e 20, estabeleceu regras próprias para a contabilização da terceirização de mão-de-obra. Desse modo, ao contrário do que pretenderam inicialmente sustentar, esse tipo de despesa não integra os valores gastos com pessoal para fins de limite; devem ser contabilizados em separado.

Surgiu aí uma dúvida porque, embora já freqüente o uso da expressão "terceirização"¹³, contabilmente não havia título específico para esse elemento de despesa. Para os que trabalham sujeitos às regras da Lei n.º 4.320, de 17 de março 1964, foi necessário, assim, recorrer ao enquadramento "forçado" em um dos quatro títulos existentes. A dúvida também ocorreu nas entidades que não seguiam o plano de contas instituída por essa precitada Lei. Para as entidades que possuíam plano de contas próprio e distinto, foi necessário criar codificação própria.

Atentando-se para a titulação dos elementos de despesa existentes, tem-se o seguinte:

Elemento 35 "serviços de consultoria"

Elemento 36 "outros serviços de terceiros pessoa física"

¹³ Expressão recente no vocabulário jurídico brasileiro Consulte a respeito: LEIRIA, Jerônimo Souto, SARRAT, Newton Dorneles. Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial. São Paulo: Gente, 1995. Consulte ainda: PRUNES, José Luiz Ferreira. Terceirização do trabalho. Curitiba: Juruá, 1995, e MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo: Malheiros, 1995.

integrando elenco de atividades de cargo ou emprego, salvo se esse estiver extinto ou "em extinção".

3.7. limites à despesa com terceirização

A Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, estabeleceu norma que pode afetar a transição de atividades da Administração Pública para terceiros, dependendo sobretudo da exegese que for adotada. Dispõe essa norma o seguinte:

Art. 72. A despesa com serviços de terceiros dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 não poderá exceder, em percentual da receita corrente líquida, a do exercício anterior à entrada em vigor desta Lei Complementar, até o término do terceiro exercício seguinte.

Para compreender com segurança as regras que estão contidas neste dispositivo deve-se considerar em primeiro plano todas as interpretações possíveis, para em seguida estabelecer com segurança a mais harmônica com o sistema jurídico.

Diagramando-se as diversas exegeses e as expressões que possuem mais de um possível sentido, tem-se:

| |
|--|
| Despesa com serviços de terceiros |
| Σ da despesa realizada nos elementos 36 e 39 |
| Σ da despesa realizada nos elementos 35, 36, 37 e 39 |
| Σ da despesa realizada no elemento 37, que tenha por objetivo substituir servidores |

| |
|---|
| Receita corrente líquida |
| Conceito do art. 2º, inc. IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal |
| Conceito do art. 2º, inc. IV, combinado com o § 1º, do art. 19 |

| |
|---|
| <i>Exercício anterior</i> |
| Exercício financeiro, coincidente com o ano civil |
| Mês de referência com as dos onze meses anteriores, adotando-se o regime de competência |

Terceiro exercício seguinte

| | |
|---|-----------------------------|
| Exercício financeiro, coincidente com o ano civil | Até o final do ano 2002 |
| | Até o final do ano 2003 |
| Mês de referência com as dos onze meses anteriores, adotando-se o regime de competência | Até o final de maio de 2003 |

Poderes e órgãos referidos no art. 20

| | |
|------------------|---|
| Poderes e órgãos | Legislativo, incluído o Tribunais de Contas; Executivo: as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes; ¹⁵ Judiciário; Ministério Público |
|------------------|---|

3.8. análise das interpretações esquematizadas

Regras de hermenêutica devem guiar o interprete da norma jurídica, cabendo aqui recordar as seguintes: a primeira, inoldivável, é que a palavra é um mau veículo do pensamento; a segunda, sintetizada por Carlos Maximiliano,¹⁶ que o juiz deve atribuir aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar, porque presume-se haver o legislador, ou escritor, usado expressões comuns, mas quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica; a terceira, ainda do mesmo autor, alertando que: “cumprir tirar da fórmula tudo o que na mesma se contém, implícita e explicitamente, o que, em regra, só é possível alcançar com experimentar os vários recursos da Hermenêutica”.¹⁷

Atento a esses postulados, cabe analisar as interpretações sintetizadas nos diagramas acima, justificando, sem paixões cegas, cada uma delas, para no final firmar a que parece ser cientificamente a mais correta.

3.8.1. despesa com serviços de terceiros

¹⁵ § 3º, do art. 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 10ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 109.

¹⁷ Ob. cit. p. 111.

Quanto à expressão “despesa com serviços de terceiros”, deve-se considerar que a maior parte dos órgãos da Administração Pública trabalham com o plano de contas elaborado a partir da estruturação legal da Lei n.º 4.320, de 17 de março 1964. As entidades da Administração Indireta, que adotam sistema próprio de contabilidade, algumas vezes diferentes do formal sistema da Administração direta, possuem plano de contas próprio, com codificações distintas para a realização da despesa. Nesse caso, será necessário adaptar as interpretações a seguir elencadas, segundo a estrutura do plano de contas.

Atendendo-se as normas gerais de direito financeiro, inseridas na precitada Lei, e seus anexos periodicamente atualizados verifica-se que não há um elemento de despesa com título exatamente coincidente com o que dispõe o art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal: “despesa com serviços de terceiros”.

Sendo necessária a interpretação, para ajustar tal conceito à prática contábil, verifica-se que são razoáveis as seguintes interpretações:

a) considerar o somatório (Σ) da despesa realizada nos elementos 36 e 39.

Como regra, a despesa pública é identificada por uma estrutura numérica, previamente codificada com no mínimo seis dígitos, a saber:

- 1º dígito, indicando a categoria econômica da despesa;
- 2º dígito, indicando o grupo de despesa;
- 3º e 4º dígitos, indicando a modalidade de aplicação;
- 5º e 6º dígitos, indicando o elemento de despesa.

Nessa estrutura codificada, encontram-se os elementos de despesa - número que possuem título bastante próximos ao da LRF 36 e 39, sendo:

Elemento 36 “outros serviços de terceiros pessoa física”, como tal compreendidas, as despesas decorrentes de serviços prestados por pessoas físicas pagas diretamente a esta e não enquadrados nos elementos de despesa específicos, tais como:

- remuneração de serviços de natureza eventual, prestados por pessoa física sem vínculo empregatício;
- estagiários, monitores diretamente contratados;
- diárias a colaboradores eventuais;
- locação de serviços; salários de internos nas penitenciárias (a que se refere a Lei n.º 3.274)¹⁸; e
- outras despesas pagas diretamente à pessoa física;

¹⁸ Lei n.º 3.274 de 02 de outubro de 1957, publicada no DOU de 03/10/1957, p. 023149, seção 1. Dispõe sobre normas gerais do regime penitenciário em conformidade do que estatui o artigo 5 número xv, letra b, da Constituição Federal e amplia as atribuições da Inspeção Geral Penitenciária.

Elemento 39 “outros serviços de terceiros pessoa jurídica”, como tal compreendidas as despesas com prestação de serviços por pessoas jurídicas para órgãos públicos, tais como:

- assinaturas de jornais e periódicos;
- energia elétrica e gás;
- serviços de comunicações (telefone, telex, correios, etc.);
- fretes e carretos;
- impostos, taxas e multas;
- locação de imóveis (inclusive despesas de condomínio e tributos à conta do locatário quando previstos no contrato de locação);
- locação de equipamentos e materiais permanentes;
- conservação e adaptação de bens móveis;
- seguro em geral (exceto o decorrente de obrigação patronal);
- serviços de asseio higiene (inclusive taxas de água e esgoto, tarifas de lixo, etc.);
- serviços de divulgação, impressão, encadernação e emolduramento;
- serviços funerários;
- despesas com congressos, simpósios, conferências ou exposições;
- despesas miúdas de pronto pagamento;
- vale-transporte;
- vale-refeição;
- auxílio-creche (salvo se indenizado a servidor);
- software e outros congêneres.

b) A interpretação da expressão “despesa com serviços de terceiros”.

Na forma da alínea anterior, embora tenha a favor o fato de que aproxima bastante à identidade do título contábil do elemento de despesa, ambos se referem a *serviços de terceiros* tem contra si o fato de que está distante do que a própria contabilidade, quando examinada em conjunto entende como sendo esse tipo de serviços. Basta lembrar que os elementos 35 e 39 se intitulam “outros serviços de terceiros”. Desse modo, cumpre verificar que, no âmbito da despesa na forma definida pela contabilidade pública é “serviços de terceiros”, mantendo-se o que já foi definido na alínea anterior, como outros serviços de terceiros.

De fato, na especificação da contabilidade pública encontram-se dois outros elementos que tratam da despesa com serviços de terceiros, nascendo daí a possibilidade de considerar o somatório () do que foi contabilizado nos elementos 35, 36, 37 e 39.

Como o conteúdo da despesa enquadrável nos elementos 35 e 39 foi visto na alínea anterior, cabe examinar os elementos 35 e 37.

Elemento 35 “serviços de consultoria”, como tal compreendidas as despesas decorrentes de contrato com pessoas físicas ou jurídicas, prestadoras de serviços nas

áreas de consultorias técnicas ou auditorias financeiras ou jurídicas, ou assemelhadas.

Elemento 37 Locação de mão-de-obra, como tal compreendidas as despesas com prestação de serviços por pessoas jurídicas para órgãos públicos, nos casos em que o contrato especifique o quantitativo físico do pessoal a ser utilizado, tais como:

- limpeza e higiene;
- vigilância ostensiva.

Da simples análise desses novos elementos, verifica-se que tratam-se de despesas habitualmente, tanto sob o aspecto contábil, quanto no sentido vulgar do termo, consideradas como serviços de terceiros. Somando-se esse fato ao título dos elementos 35 e 39, iniciar-se com “outros”, parece correto o entendimento de que a despesa limitada pelo art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal pode considerar o que foi gasto no somatório desses quatro elementos de despesa no exercício anterior.

c) Somatório da despesa realizada no elemento 37, que tenha por objetivo “substituir servidores”

Antes de considerar apenas a classificação contábil, é de fundamental importância contemplar a regra do art. 72 e sua harmonia com a Constituição Federal. Toda regra jurídica há de guardar conformidade num plano vertical de hierarquia das normas com a Constituição Federal, sob pena de quedar-se sem qualquer validade.

Vislumbrando essa perspectiva verifica-se que a Constituição Federal não permite à Lei Complementar imiscuir-se nesse tipo de despesas. De fato, enquanto é dever da União, legislando para a federação estabelecer os limites de despesa de pessoal e da dívida, não é permitido fixar limites para todas as atividades.

Desse modo, se o art. 72 for interpretado literalmente, na máxima amplitude comportada pela expressão “despesa com serviços de terceiros” a limitação afrontaria a Constituição Federal. Por outro lado, não haveria inconstitucionalidade se a mesma expressão fosse coordenada com o comando do art. 18, §2º, da própria Lei de Responsabilidade Fiscal que, ao impor o limite da despesa de pessoal, não descuidou da possibilidade de o ordenador da despesa provocar uma excessiva terceirização de mão-de-obra.

Assim, quando o art. 72 procurou definir o limite da despesa com serviços de terceiros visou exatamente impedir que o administrador público transferisse o contingente de servidores integrantes do quadro, para uma interposta empresa, mascarando na verdade a despesa de pessoal.

Para os casos em que a norma comporta mais de uma interpretação e uma ou algumas delas são manifestamente inconstitucionais e outra ou outras são

constitucionais, o Direito admite que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, possa **dar** a um dispositivo **interpretação conforme** a Constituição, com ou sem redução de texto, e fixar exegese em determinado sentido.¹⁹

Apenas uma interpretação, sem laivo de dúvida, no presente caso se mostra em conformidade com a Constituição Federal: a que considera que o limite de despesa com serviços de terceiro, se refere à despesa que o art. 18, §1º da própria Lei de Responsabilidade Fiscal classificou como outras despesas de pessoal.

Entender de modo diverso seria condenar toda Administração Pública à mais absoluta estagnação, pois estar-se-ia vedando aumentar o efetivo de pessoal pelos arts. 19 e 20 e também a prestação do serviço público com o auxílio da terceirização. Obviamente, nem mesmo o governo federal, mais aparelhado que está ao cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, poderá ser submetido a tamanha restrição. Logo, interpretar de modo diferente conduz ao absurdo, impondo-se aqui a milenar lição no sentido de que o intérprete deve rejeitar sumariamente as exegeses que conduzem ao absurdo.

Desse modo para operacionalizar o comando legal, o órgão deverá verificar o montante da despesa realizada no exercício anterior, nos seguintes códigos:²⁰

- 3.33.90.35.04 serviços de consultoria;
 - 3.33.90.36.29 serviços de terceiros - pessoa física;
 - 3.33.90.37.07 despesa de locação de mão de obra;
 - 3.33.90.39.13 outros serviços - pessoa jurídica
- e, nos três exercício seguintes não ultrapassá-los.

Embora a Secretaria do Tesouro Nacional tenha definido esses códigos, é

¹⁹ Nesse sentido inúmeras decisões do STF consolidaram a possibilidade de dar interpretação conforme a Constituição, podendo ser citadas:

Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 1945 7; Origem Mato Grosso; Relator Ministro Octavio Gallotti; Partes Requerente: PMDB; Requerido: Governador do Estado de Mato Grosso; Interessado: Dispositivo Legal Questionado: Lei n.º 7098, de 30 de dezembro de 1998: Consolida normas referentes ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação ICMS; Data de Julgamento da Liminar Plenário, 19.04.1999.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 1480 3, Origem Distrito Federal; Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Partes: Requerente: CNI, Requerido: presidente da República, Congresso Nacional; Dispositivo Legal Questionado: Decreto Legislativo n.º 068, de 16 de setembro de 1992; Decreto Federal n.º 1855, de 10 de abril de 1996, que versam, respectivamente, sobre a ratificação e promulgação da Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e proteção às relações de emprego. Decisão: Resultado da Liminar: Deferida em Parte. Data de Julgamento da Liminar: Plenário, 04.09.1997.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 1416 1, Origem PIAUÍ; Relator: MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA; Partes: Requerente: Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Cívicos; Requerido Governador do Estado do Piauí e outros; Interessado: Dispositivo Legal Questionado:- Portaria n.º 12000 - 007 / 96, de 09 de janeiro de 1996, editada pelo Secretário de Segurança Pública do Estado do Piauí, e artigo 151 da Lei Complementar n.º 001, de 26 de junho de 1990, do Estado do Piauí. Decisão: Resultado da Liminar Deferida. Data de Julgamento da Liminar Plenário, 06.03.1996. Acórdão, DJ 10.10.1997.

²⁰ Que a Mensagem STN/2000/433/045 esclareceu ser: 3.33.90.35.04 serviços de consultoria; 3.33.90.36.29 serviços de terceiros - pessoa física; 3.33.90.37.07 despesa de locação de mão de obra; 3.33.90.39.13 outros serviços - pessoa jurídica

evidente que essa limitação somente pode ocorrer se tiver sido aí enquadrada despesa visando substituir pessoal. Isto porque, é consabido que muitas vezes há uma possibilidade de enquadrar uma despesa em mais de um código e o órgão, uma vez encerrado o exercício não pode revisar os enquadramentos adotados. Ora, como a LRF foi promulgada no ano de 2000, e pela legislação até 1999, não havia essa orientação enquadrar nesses códigos a despesa com serviço de terceiro que esteja sendo efetivada para substituir pessoal, a norma do art. 72 não pode ser efetivada à simples luz da contabilidade. Logo, não se pode agora impor limites à vista de enquadramento feito anteriormente com escopo diverso.

O mais recomendável, é que cada órgão, crie um grupo de trabalho para avaliar ou reavaliar (anualmente) os efeitos práticos da LRF, internamente no órgão, constituindo processo específico para registrar as interpretações que teve da norma. Nesse ponto, é bom lembrar que os órgãos de controle aceitam e devem aceitar interpretações divergentes, quando juridicamente razoáveis.²¹ Nesse trabalho, deve o grupo promover um estudo da despesa enquadrada nesses códigos para verificar qual delas objetivou substituir servidores e empregados públicos. Definido esse valor, em relação à despesa ocorrida no exercício anterior, não poderá o mesmo ser ultrapassado nos três exercícios seguintes. Desse modo, mesmo que escriturado um valor, parece possível que, na análise, se conclua por valor diverso. Nessa hipótese, deverá o órgão formar processo²² e registrar seu entendimento sobre a aplicação do limite do art. 72.

Com referência ao controle, as hipóteses de trabalho podem ser sintetizadas nas seguintes diretrizes:

a) verificar:

- se houve redução do efetivo de pessoal no quadro; ou
- se houve aumento do gasto de serviços de terceiros nos elementos de despesa 35, 36, 37 e 39, ou nos códigos do correspondente plano de contas da entidade, caso a mesma não esteja vinculada à Lei n.º 4.320, de 17 de março 1964;

b) caso seja afirmativa qualquer das duas verificações, analisar:

- se houve substituição de mão-de-obra em conformidade com o ordenamento jurídico;

²¹ Tese inaugurada com brilhante voto do Ministro Ivan Luz sustenta que quando o Administrador age com base em parecer jurídico bem fundamentado, que adota tese juridicamente razoável, em princípio, não pode ser condenado (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC n.º 25.707/82-5, Ata n.º 37/84, Plenário, Relator: Ministro Ivan Luz, Brasília, DF. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 mar. 1997. Seção 1, p. 4782)

²² Com a finalidade de evitar responsabilizações futuras, temos sugerido que os órgãos formem processo sobre a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal; constituam grupo de trabalho a fim de levantar as principais repercussões no ambiente organizacional e registrar os procedimentos que serão adotados.

- qual foi o montante de despesa com essa substituição no exercício anterior (1999);
 - se esse montante foi ultrapassado em qualquer dos três exercícios seguintes;
- c) à vista dessa análise, se ainda estiver em curso “os três exercícios seguintes”:
- recomendar que o pessoal não mais seja substituído e progressivamente o órgão retorne ao limite definido, aplicando-se por analogia o disposto no art. 23 da própria Lei de Responsabilidade Fiscal (dois quadrimestres seguintes);
 - caso o prazo já tenha decorrido, ou se parte dos quadrimestres destinados ao ajuste ficar além dos três exercícios, a ação de controle deverá limitar-se à verificação da conformidade com a lei na substituição de servidores e empregados públicos e as medidas corretivas sugeridas nos comentários do art. 18, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Considerando a antiga lição de que legislar é também aperfeiçoar as regras de conduta, a lei de diretrizes orçamentárias para o ano 2002 previu norma específica visando pacificar as inúmeras interpretações existentes e em plena consonância com o que há muito vínhamos sustentando.

Foi, assim, estabelecido que:

"Art. 61. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do caput, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

- I - sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, na forma de regulamento;
- II - 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 quando se tratar de cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente;
- III - não caracterizem relação direta de emprego."

Portanto, o enquadramento contábil é no sentido de que, sendo de fato terceirização, a mesma continua sendo enquadrada nos respectivos códigos tradicionais, agora discriminados pela STN, não afetando em nada os valores registrados em despesas de pessoal.

3.8.2. receita corrente líquida

À primeira vista, a expressão da epígrafe deve ser entendida como aquela conceituada no art. 2º, inc. IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ocorre que, como visto, o art. 72 dirige-se a limitar a despesa com serviços de terceiros que vise a substituir servidor ou empregado público, motivo porque em se tratando de controle e limitação da despesa de pessoal, devem ser admitidas as exclusões que faz o §1º do art. 19 da mesma norma, sob pena de chegar-se a conclusões diferentes.

À toda evidência, a aplicação da norma deve guardar uma harmonia em si e não há motivo plausível para se calcular de modo diferente limites de despesa de pessoal, contratados diretamente ou por via oblíqua substituídos.

3.8.3. exercício anterior

Como regra, há muito assentada na contabilidade pública brasileira, como de resto em todo ocidente, a expressão exercício nessa ciência, é entendida como “exercício financeiro”, e como tal coincidente com o ano civil.²³

A dúvida poderia existir em razão do disposto no § 2º do art. 18, coincidente com o §3º do art. 2º, ambos da própria Lei de Responsabilidade Fiscal, que disciplinam a forma e periodicidade de cálculos.

À luz desses dispositivos, o cálculo para aferição da despesa de pessoal é feito mensalmente, considerando o regime de competência, o mês da referência e os onze meses anteriores.

O fato do cálculo estar sendo efetuado mês a mês, em princípio, não deve alterar a conotação da expressão “exercício” que, para fins de contabilidade, já tem seu sentido há muito tempo assentado.

Desse modo, “exercício anterior” deve ser compreendido como o ano civil de 1999, pois é o ano anterior à vigência da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal.

3.8.4. terceiro exercício seguinte

Admitindo, por amor ao debate, todas as exegeses em relação à expressão “terceiro exercício seguinte” ter-se-iam as seguintes possibilidades, como prazo terminal ao limite de gasto com serviços de terceiros:

a) considerando-se exercício como ano civil:

- final do ano 2002; ou

²³ Tal como conceitua a Lei n.º 4.320, de 17 de março 1964: “Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.”

- final do ano 2003.

b) Considerando-se exercício como mês de referência e os onze meses anteriores, adotando-se o regime de competência:

- até o final de maio de 2003.

Embora, como visto, seja razoável o entendimento de que “exercício” pode não ser coincidente com o ano civil, foi demonstrado que, no caso, o melhor é adotar o entendimento já assente em lei²⁴ e na contabilidade pública, tornando-o coincidente com o ano civil.

Nesse caso, surgem duas possibilidades de interpretação: considerar o ano em curso para fins de limitação ou não. A melhor exegese, nesse caso, é a literal. Isso porque, a expressão “seguintes”, deve ser entendida como “seguinte ao anterior” à vigência da Lei. Ora, como “anterior” foi considerado o ano de 1999, logo, seguinte é o ano 2000, e três seguintes são: 2000, 2001 e 2002. Desse modo, a restrição limitadora ao aumento da despesa com serviço de terceiro que substitui servidor ou empregado público encerra-se em dezembro de 2002.

Aplica-se aqui, a milenar regra de hermenêutica, que impõe a interpretação mais favorável à norma que estabelece limites ou restrições.

3.9. cautelas recomendadas na contratação de serviços

Embora as considerações expendidas tenham se restringido aos novos impactos da legislação em vigor, é importante registrar, de forma tópica, algumas exigências da Lei n.º 8.666/93, cuja inobservância ainda vem sendo coibida pelos Tribunais de Contas:

a) toda contratação de serviços, deve ser precedida de projeto básico:

- projeto básico é instrumento para definir as características essenciais do serviço e não é exigido apenas para serviços de engenharia e obras, mas para todos os serviços, conforme art. 7º, § 2º, I;
- projeto básico é conceituado pela própria Lei n.º 8.666/93, no art. 6º, inc. IX;
- projeto básico é obrigatório, sob pena de nulidade na contratação, art. 7º, § 6º;
- projeto básico é obrigatório, mesmo nas contratações diretas, art. 7º, § 9º;
- projeto básico deve ser anexado ao edital e dele faz parte integrante, art. 40, § 2º, inc. I;

b) toda contratação de serviços, deve ser precedida de planilha de custos:

- a planilha de custos é instrumento importante para definir o preço da futura

²⁴ Lei n.º 4.320, de 17 de março 1964, art. 34.

contratação e não é exigida apenas para serviços de engenharia e obras, mas para todos os serviços, conforme art. 7º, § 2º, II;

- a planilha de custos é obrigatória, sob pena de nulidade na contratação, art. 7º, § 6º;
- a planilha de custos é obrigatória, mesmo nas contratações diretas, art. 7º, § 9º;
- a planilha de custos deve ser anexada ao edital e dele faz parte integrante, art. 40, §2º, inc. II;

3.10. conclusões sobre terceirização

A contratação de serviços, no âmbito da Administração Pública, oferece algumas peculiaridades em relação aos demais contratos, se do que o fenômeno da terceirização ainda apresenta divergências na sua aplicação.

Como regra não podem ser terceirizadas:

- as atividades típicas do Estado, consideradas próprias atividades-fim da Administração Pública;
- as atividades inerentes às categorias funcionais, abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;
- atividades, cuja despesa vá além do limite de despesa, definido como teto no art. 7 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Mesmo a substituição de servidores será ilegal, quando ofender os dois primeiros postulados, ainda que dentro dos limites definidos no art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A alteração da jurisprudência do TST, consolidada pelo Enunciado 331, não impede a terceirização, mas passou por via oblíqua a onerar os agentes da Administração Pública, com o ônus de verificar o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado, ao estabelecer que o não cumprimento dessas obrigações implicará a responsabilidade solidária por parte da Administração Pública, nada obstante os termos do art. 71 da Lei n.º 8.666/93.²⁵ Anteriormente, a

²⁵ Antes da Emenda Constitucional n.º 20, publicada no D.O.U. de 16 de dezembro de 1998, que alterou a competência da justiça do Trabalho prevista no art. 114 da Constituição Federal, a jurisprudência do STJ entendia de modo diverso do TST, cabendo citar este elucidativo acórdão:

RESP 29712/RJ; Recurso Especial (1992/0030359-5), publicado no DJU de 28/03/1994, p. 06314, Relator Ministro Waldemar Zveiter (1085), Data da Decisão 14/12/1993, órgão julgador Terceira Turma.

Ementa: Trabalhista - empregado de firma particular que presta serviço à administração pública.

I - Assentado na jurisprudência do STJ o entendimento no sentido de que "a execução indireta, mediante contrato, de tarefas executivas, visando a desobrigar a administração dos encargos empregatícios (Decreto-Lei n.º 200/67, art. 10, § 7º; Lei n.º 6.019/74), não vincula a repartição, mas sim as firmas contratantes, não ocorrendo, tampouco, responsabilidade solidária."

II - Se inexistentes cargos ou funções no quadro de pessoal do órgão público, para execução dessas tarefas, é porque a administração entendera desnecessário instituí-los, porque estranhos a sua atividade ou até supérfluos em relação as atividades fins do serviço. as repartições públicas podem contratar tais serviços através de licitações ou tomadas de preço, mormente quando ha empresas organizadas e especializadas para tal, permitidas por lei.

III - Recurso conhecido e provido. Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento.

Administração Pública já era solidária pelo cumprimento das obrigações previdenciárias²⁶ e proibida de manter contrato com pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social²⁷, responsabilidade que foi atenuada com a possibilidade de reter os valores devidos na própria fatura.²⁸

A Lei de Responsabilidade Fiscal cuidou da terceirização apenas quando essa implicar em substituição de mão-de-obra: nessa hipótese, definiu como devem ser contabilizadas as despesas²⁹ e definiu um limite máximo para esse tipo de despesa durante o prazo de três exercícios³⁰. A cautela com que se houve o legislador, colocasse em linha com as restrições sistematicamente impostas ao uso dos contratos de terceirização, para mascarar uma ilícita intermediação de mão-de-obra. Nenhum dos dois dispositivos citados, porém, versa ou pode ser interpretado como versando genericamente sobre despesas de serviços em geral, pois essa exegese levaria a inconstitucionalidade, uma vez que a Constituição Federal não autoriza a União a limitar o poder de gasto especificamente com esse tipo de contrato. A constitucionalidade pode ser facilmente alcançada com a conhecida possibilidade de "*dar interpretação conforme a Constituição Federal*": desse modo, o Congresso Nacional pode estabelecer limites de dívida e de pessoal e a inteligência do § 1º do art. 18 c/c 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal está exatamente em limitar a despesa de serviços que tentam substituir mão-de-obra.

Numa visão abrangente, a terceirização constitui um instrumento de trabalho e desenvolvimento das atividades que pode e deve ser implementada com vantagens significativas para a Administração Pública.

²⁶ Lei n.º 9.528, de 10 de dezembro de 1997, publicada no DOU de 11.12.97

²⁷ Art. 195, § 3º, da Constituição Federal.

²⁸ Em contratos públicos ou privados que envolvam a prestação de serviço o órgão pagador deve reter 11% de fatura e recolher ao INSS, para compensação no final do ano, conforme Lei n.º 9.711, de 20 de novembro de 1998, na forma do art. 23 que alterou o art. 31 da Lei n.º 8.212/90

²⁹ Art. 18, §1º;

³⁰ Art. 72