

Parecer nº 05/2001 – Marcos Juruena Villela Souto

Lei de Responsabilidade Fiscal – Terceirizações – Classificação da Despesa.

Há vários tipos de terceirização; apenas aquela destinada à substituição de pessoal deve ser classificada como “outras despesas de pessoal”.

Senhor Procurador-Geral,

I

Trata-se de consulta originada da Coordenadoria Geral de Administração e Finanças da Procuradoria-Geral do Estado com vistas à adequada interpretação do art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece 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’”.

A matéria já foi apreciada pela Procuradora do Estado do Rio de Janeiro SÔNIA MARIA GONÇALVES DE CARVALHO, no Parecer nº 01/2000–SMGC, concluindo no sentido de que terceirizações de serviços de limpeza e copeiragem não seriam consideradas como “despesas de pessoal”.

Tal conclusão não encontrou respaldo no Parecer nº 57/2000–SNM, da lavra do Procurador do Estado do Rio de Janeiro SÉRGIO NELSON MANNHEIMER, que sugeriu que se aguardasse “uma maior maturação da questão para a emissão de parecer conclusivo sobre a matéria”; até porque a Procuradoria-Geral do Estado não deve se preocupar, isoladamente, com os limites impostos para a despesa de pessoal, o que mereceu aprovação do Procurador do Estado JOÃO MANOEL DE ALMEIDA VELLOSO, respondendo pela Chefia da Procuradoria de Serviços Públicos, bem como do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado.

Esclareceu a Coordenadoria Geral de Administração e Finanças que a posição sustentada não se refere, necessariamente, à preocupação com o limite de despesas com pessoal, mas, sim, com os critérios de classificação das despesas com a terceirização, motivando, pois, novo pronunciamento da Procuradoria de Serviços Públicos, no Parecer nº 06/2001–JAV. Ali se concluiu que a terceirização que tenha como objetivo suprir de qualquer forma necessidade continuada relativa ao funcionamento da estrutura e não de necessidades pontuais deve ser classificada como “outras despesas de pessoal”. Nessa linha o visto da douda Chefia da PSP, firmado pela

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro JOSENETE VELOSO MONTEIRO e, novamente, do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado.

Mantendo seu entendimento original, a Procuradora SÔNIA MARIA GONÇALVES DE CARVALHO invocou a edição da Lei nº 3.608, de 17.07.2001, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária, em cujo artigo 39 se excluam do enquadramento como despesas de pessoal as atividades acessórias, instrumentais ou complementares, bem como as que não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos. Destaca, ainda, que a Circular nº 16, de 22.08.2001, solicitou providências para a adoção de notificação do Colendo Tribunal de Contas do Estado, que exige o correto enquadramento das terceirizações mencionadas no art. 18, § 1º, da LRF (sem explicitar quais os contratos de terceirização que devem ser considerados como de substituição de servidores e empregados públicos).

Em virtude da edição desses diplomas legais e atos administrativos, solicita-se novo exame da matéria.

É o relatório. Passo a opinar.

II

O tema da “terceirização” tem sido polêmico, conforme se vê da obra coordenada por FLÁVIO DA CRUZ¹,

“no tocante ao entendimento do que seja terceirização de mão-de-obra que se refira à substituição de servidores e empregados públicos, cria-se uma interpretação polêmica. Uma corrente defende que sejam considerados apenas os cargos e funções que não constem expressamente no quadro de pessoal do ente ou Poder. Outra, entende que se o serviço terceirizado é de caráter permanente, deveria, mesmo inexistindo o cargo terceirizado, ser computado como ‘outras despesas com pessoal’”.

Costumava-se sustentar que se tratava de instrumento inconstitucional² por burla aos direitos trabalhistas e ao concurso público, com base nos Enunciados nºs 256 e 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

1 CRUZ, Flávio da. (coord.) *Lei de responsabilidade fiscal comentada*. São Paulo. Atlas, 2001, p. 74.

2 FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral, et al. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. Recife. Nova Livraria, 2001, p. 126.

Em pronunciamentos anteriores³, já me manifestei no sentido de que a Administração tanto pode se valer da criação de cargos ou empregos públicos – CF, art. 37, I e II – ou da contratação administrativa de empresas especializadas na prestação de serviços lícitos – CF, art. 37, XXI, Lei nº 8.666/93, art. 6º, II, e Código Civil, art. 1.216. Ambas as opções têm sede constitucional, não se presumindo, pois, burla na opção discricionária, constitucionalmente assegurada ao Chefe do Poder Executivo no exercício da função de direção superior da Administração Pública.

É cediço que se a todo cargo ou emprego corresponde uma função, a recíproca não é verdadeira, já que não existem cargos ou empregos que correspondam a todas as funções que atendam às necessidades da Administração, sejam permanentes ou temporárias. Para essas situações abre-se a citada opção discricionária, pela via legislativa, da criação ou ampliação do número de cargos e empregos públicos, ou pela via administrativa, da contratação de pessoas físicas ou jurídicas especializadas em funções para as quais não haja o correspondente cargo ou emprego ou quando estes não existam em número suficiente.

Essa a “*terceirização clássica*”, na busca da especialização de terceiros para o desempenho de funções definidas num contrato ou pela parceria mediante soma de esforços em convênio.

Uma segunda opção, igualmente lícita, é dada para o atendimento de situação temporária, para o suprimento de pessoal em virtude de férias, aposentadorias, licenças e impedimentos; é a “*terceirização para substituição de pessoal*” de que trata o art. 18, § 1º, da LRF, ora em comento, que, *data venia*, não se confunde com a forma de terceirização anteriormente citada.

Assim, quando existe o cargo ou emprego para o desempenho da função, em regra não cabe a terceirização, sob pena de caracterizar-se a burla ao concurso público (como, aliás, já sustentado nos pronunciamentos da Procuradoria de Serviços Públicos); se, no entanto, a terceirização buscar atender, especificamente, uma situação transitória, de substituição por férias, aposentadorias, licenças, afastamentos ou impedimentos, não há que se falar em burla, posto que, numa ponderação entre o princípio da impessoalidade, que impõe um critério de admissão de pessoal pelo mérito (que justifica o concurso, qualificado como princípio formal ou adjetivo) e o princípio da continuidade do serviço público, que se destina ao próprio

3 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização – privatização, concessões, terceirização e regulação*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 371 e ss.

atendimento das necessidades da coletividade (princípio material ou substantivo), este deve ser privilegiado (justificando a terceirização para a substituição de pessoal em caráter temporário).

A LRF teve, pois, o cuidado e o mérito de definir não só a validade dessa opção – quando em caráter temporário, frise-se – como o critério de sua classificação orçamentária, na mesma categoria das despesas de pessoal.

Com isso não se quis dizer que *todas* as terceirizações se destinam à substituição de pessoal; ao contrário, se explicitou que *quando a terceirização se destinar à substituição será, igualmente, classificada como “outras despesas de pessoal”*. Confira-se o ensinamento de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁴:

*“Em termos práticos, para que as terceirizações devam ser contabilizadas como despesas de pessoal, é necessário que existam ou tenham existido, nos quadros próprios, servidores ou empregados públicos que estejam sendo **substituídos** por empregados de terceiros.”*

Destarte, as *outras* fórmulas de terceirização, que envolvem funções especializadas sem os correspondentes cargos ou empregos, contratadas na forma da Lei nº 8.666/93 representam *serviços de terceiros* (art. 2º da Lei nº 8.666/93 (“*As obras, **serviços**...quando contratados com **terceiros**...* – daí o termo); daí a previsão da classificação orçamentária como “*serviços de terceiros*” (Anexo 4 da Lei nº 4.320/64, que, recepcionada com *status* de Lei complementar, não foi revogada pela Lei Complementar nº 101/2000; no Estado do Rio de Janeiro, o Anexo II da “*Classificação e Codificação das Receitas e Despesas*”, aprovada pelo Decreto nº 27.791, de 23.01.2001, D.O. I, de 24.01.2001, prevê diversas codificações para as diferentes hipóteses de terceirização, a demonstrar a licitude da opção e a variedade de modelos de terceirização).

Igualmente exemplificando com a diversidade de classificações das “*terceirizações*”, conforme a finalidade, conclui JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES⁵:

“Na mesma linha de entendimento, estudo do Tribunal de Contas do Paraná conclui que não serão consideradas como despesas de pessoal as de terceirização que tenham a ver com:

4 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal*. Rio de Janeiro. Renovar, 2001, pp. 171 e 172.

5 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade fiscal*. Brasília. Brasília Jurídica, 2001, pp. 66 e 67.

– ‘serviços expressamente apontados pela Lei de Licitações, com clara especificação do objeto da contratação (art. 6º, II, da Lei nº 8.666);

– contratos em que não se especifique a quantidade e/ou especialização dos funcionários, salvo se necessário à caracterização do objeto, bem como que não esteja caracterizada qualquer subordinação, vinculação ou pessoalidade entre a Administração e os funcionários da contratada;

– que não estejam formalmente previstos os cargos e empregos no quadro de pessoal do ente ou entidade e que, cumulativamente, sejam atividades restritas às atividades-meio, sendo vedada em qualquer caso a terceirização de atividades indelegáveis, próprias do ente ou entidade, ou seja, relativas às suas atividades-fim.’

Corroborando essa tese, a Portaria Interministerial nº 163, de 04.05.01, assim conceitua o elemento de despesa ‘Outras Despesas de Pessoal Decorrentes de Contratos de Terceirização’: ‘despesas relativas à mão-de-obra, constante dos contratos de terceirização, que sejam inerentes a categoria funcionais abrangidas pelo respectivo plano de cargos do quadro de pessoal... em obediência ao disposto no art. 18, §1º, da Lei complementar nº 101, de 2000’. Atendendo-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’

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) o 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.”

Também não discrepa das orientações anteriores a lição de CARLOS PINTO COELHO MOTTA⁶:

“Com base nos informes coligados, propõem-se algumas questões, a partir do § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Na interpretação do dispositivo, parece-nos razoavelmente assente que a terceirização de serviços complementares e acessórios, que esteja formalmente banida dos conteúdos funcionais dos planos de cargos e carreiras dos entes políticos, prossiga sendo contabilizada na rubrica de ‘serviços de terceiros’.”

E, por fim, essa também a linha do entendimento de FLÁVIO C. DE TOLEDO JÚNIOR⁷:

6 MOTTA, Carlos Pinto Coelho, et al. *Lei de Responsabilidade fiscal: abordagens pontuais*. Belo Horizonte. Del Rey, 2000, pp. 115 e 116.

7 TOLEDO JUNIOR, Flávio C. de. *Lei de Responsabilidade Fiscal: comentada artigo por artigo*. São Paulo. NDJ, 2001, pp. 106 e 107.

“Diante disso, posicionamo-nos: as funções não típicas de Estado, estranhas aos conteúdos laborais do plano de cargos e salários, não devem incorporar-se à despesa de pessoal; não serão incluídas na conta ‘Outras Despesas de Pessoal’. É assim porque, nesse caso, não estão sendo substituídos servidores ou empregados públicos. Segundo o Prof. Carlos Pinto Coelho Motta e outros, ‘na interpretação do dispositivo, parece-nos razoavelmente assente que a terceirização de serviços complementares e acessórios, que esteja formalmente banida dos conteúdos funcionais dos planos de cargos e carreiras dos entes públicos, prossiga sendo contabilizada na rubrica de ‘serviços de terceiros’.” (grifo original) (in Lei de Responsabilidade Fiscal – Abordagens Pontuais – Doutrina e Legislação, Del Rey, Belo Horizonte, 2000).”

III

Por todo o exposto, entendo que, havendo mais de um tipo de terceirização, apenas àquela destinada à substituição de pessoal é que se aplica o disposto no art. 18, § 1º, da LRF, como, aliás, bem reconhecido no Parecer nº 01/2000–SMGC e na Lei nº 3.608, de 17.07.2001, art. 39, parágrafo único.

É o parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2001

Marcos Juruena Villela Souto
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer nº 05/2001 – MJVS, de 13 de setembro de 2001, do Procurador do Estado **Marcos Juruena Villela Souto** (fls. 50 a 61), alterando posicionamento anterior a respeito do art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que 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’”*. Sob esta rubrica, tais valores estariam sujeitos ao limite das

despesas totais com pessoal referido no art. 18, *caput*, da Lei nº 101/2000 (LRF).

O Parecer nº 57/2000–SNM, de 04 de outubro de 2000, do Procurador Sérgio Nelson Mannheim de fls 11 a 15 sugeria uma interpretação conservadora, pois a lei tinha sido recentemente editada e, a princípio, parecia que qualquer terceirização se enquadraria nos limites do art. 118, *caput*, independentemente de serem serviços inerentes à atividade-fim dos órgãos. Da mesma maneira posicionou-se o Procurador JOÃO MANOEL DE ALMEIDA VELOSO (fls. 22 a 24), aduzindo que outra interpretação de caráter restritivo *“poderia levar à frustração dos objetivos da norma”*. A Chefia da Procuradoria de Serviços Públicos corroborou estes entendimentos, tendo merecido o visto concordante deste Gabinete.

Ocorre que, aprofundados os debates sobre o tema e conferidas as orientações dominantes, veio a ser editada a Lei Estadual nº 3.608, de 17 de julho de 2001, que em seu artigo 39, excluiu do limite com despesas de pessoal os contratos de terceirização de execução indireta de atividades que: a) *“sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”* e 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 quando se tratar de cargo ou categoria extinto ou em fase de extinção”*.

Assim, as terceirizações que envolvem funções sem os correspondentes cargos ou empregos públicos, contratados na forma da Lei nº 8.666/93, representam *“serviços de terceiros”* (art. 2º), reservando-se as *“outras despesas de pessoal”* para servidores e empregados públicos substituídos por empregados de terceiros.

À Coordenadoria-Geral de Administração e Finanças.

Em 12 de dezembro de 2001

Francesco Conte
Procurador-Geral do Estado

Processo nº E-14/4.413/00