ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 8 – novembro/dezembro – 2006 / janeiro - 2007 – Salvador – Bahia – Brasil

LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NO SERVIÇO PÚBLICO

Prof. Luciano Ferraz

Advogado. Assessor Jurídico do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Diretor do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela UFMG. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da PUC-Minas e da Escola de Contas do TCMG.

1. INTRODUÇÃO

A derrocada do modelo estatal intervencionista (Keynesiano), resultante do excessivo endividamento em que se viram mergulhadas as economias a partir da década de 70 (choques do petróleo e instabilidade monetária), determinou, na década de 80 – num ritmo bastante acelerado pelos progressos tecnológicos –, reformas na estrutura burocrática dos estados capitalistas, principalmente Reino Unido, Nova Zelândia, Austrália e países escandinavos, pretendendo a diminuição do aparato estatal e o retorno ao equilíbrio orçamentário dos tempos do liberalismo.

Na década de 90, com o impulso do fenômeno da globalização1, o movimento se propaga pelas Américas: Estados Unidos, Chile, Argentina, México

1 O fenômeno da globalização *"... designa um movimento complexo de abertura de fronteiras econômicas e de desregulamentação, que permite às atividades econômicas capitalistas estenderem seu campo de ação no planeta. O aparecimento de instrumentos de telecomunicações extremamente eficientes permitiu a viabilidade desse conceito, reduzindo as distâncias a quase nada."* (Cf. FERRANDÉRRY, Jean Luc. *Apud*, MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*, Tomo I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 73).

e Brasil iniciam processos assemelhados, pretendendo implementar a filosofia neoliberal da *nova* Administração Gerencial, buscando, a qualquer custo, a estabilidade econômica e o equilíbrio orçamentário.

Entre nós, a 'reforma gerencial' tem início no primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso com a elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), culminando na promulgação de sucessivas emendas à Constituição, especialmente as da Reforma Administrativa e Previdenciária, bem como uma série de normas infraconstitucionais, tendentes a regulamentá-las e a implementar a política do *downsizing*: redução e enxugamento da máquina estatal e equilíbrio das contas públicas.2 No seu segundo mandato, as preocupações voltam-se quase que exclusivamente para a manutenção dos baixos níveis de inflação, para o reequilibro do balanço de pagamento e, sobretudo, para o combate ao déficit público.

Após o choque na economia dos primórdios de 1999 –maxidesvalorização do real e acordo com o Fundo Monetário Nacional, o governo concentrou esforços para a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/00, promulgada em 04 de maio de 2000, cujas disposições, aplicáveis a todas as esferas da federação, estabelecem rígidas e restritivas regras acerca do exercício da atividade financeira, afetando principalmente Estados e Municípios.

A despeito de ter sido inspirada no código de boas práticas para a transparência fiscal do Fundo Monetário Internacional (FMI)3, e na experiência de países como os Estados Unidos (*Budget Enforcement Act* /1990), União Européia (*Tratado de Maastrich* /1992), e Nova Zelândia (*Fiscal Responsability Act* /1994) 4, a LRF, sob a perspectiva político-social, vem responder aos anseios da sociedade no que tange à aplicação eficiente e escorreita dos recursos públicos.

O novo código fiscal é alicerçado sobre quatro pilares básicos: **planejamento**, **transparência**, **controle** e **responsabilização**, trazendo repercussão sobre a disciplina das finanças, com vistas a transformar a ficção dos orçamentos públicos no Brasil em instrumento de exercício legítimo da cidadania. Afinal, conforme afirmou Maurice Durverger, "O orçamento é a lei mais importante depois da Constituição".

Com efeito,

"somente através da restauração da realidade orçamentária, podem ser controlados e até reduzidos em níveis suportáveis os três vilões das finanças

---

2 É nítida a influência do Consenso de Washington do FMI, que contou com a participação dos maiores conglomerados financeiros internacionais na reforma do Estado Brasileiro.

3 Cf. CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura*. A necessidade de um debate amplo e exaustivo sobre a proposta de Lei Complementar 18/99*. Belo Horizonte: ATRICON, 1999.

4 *"A Lei Complementar de Responsabilidade Fiscal nº 101, de 04.05.2000, que estabelece 'normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal', denota forte influência do modelo vigente na Nova Zelândia. O projeto do Executivo (nº 18/99) foi inteiramente reformulado, para melhor, na Câmara dos Deputados, através de substitutivo apresentado pelo Deputado Pedro Novais, aprovado em 3 de fevereiro de 2000."* (TORRES, Ricardo Lobo*. Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o orçamento na constituição*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 40.)

públicas: o deficit público, que ocorre quando os governos gastam mais do que arrecadam; a dívida pública, que é a expressão do deficit que se transfere de um orçamento para o outro, prejudicando novos programas que poderiam ser executados; e o endividamento público, que se instala, cronicamente, no processo de acumulação da dívida pública e passa a absorver cada vez mais recursos públicos para seu serviço e amortização."5

Percebe-se que o ciclo do orçamento deficitário determina a deterioração das finanças do Estado. Se as despesas são superiores à receita tem-se o déficit; ao cabo do exercício financeiro, este déficit transforma-se em dívida; e o *replay* contínuo desse *script* explica a situação caótica das finanças de várias de nossas unidades federadas.

A LRF postula ser necessário arrecadar mais e gastar menos, mantendo índices financeiros superavitários. Para tanto,

- **introduz o conceito de gestão fiscal responsável** ou *accountability*, que, entre nós, foi batizada por Carlos Pinto Coelho Motta com o neologismo *responsividade*;6

- **valoriza a técnica do orçamento-programa**, utilizando a programação como instrumento para a gestão eficiente da máquina administrativa (arts. 4o a 10);

- **determina a instituição, arrecadação e cobrança de todos os tributos de competência dos entes federativos**, **especialmente a dos impostos, e estabelece parâmetros para a concessão de benefícios fiscais**, repelindo a desmesurada renúncia de receita (arts. 11 a 14);

- **fixa regras rígidas para o endividamento público** (arts. 29 a 31);

- **disciplina as operações de crédito,** incluídas as antecipações de receita orçamentária, coibindo a ciranda do endividamento sistemático (art. 32 a 40);

- **valoriza os princípios da continuidade e da economicidade** (art. 42 e 45), para evitar a prática costumeira de programas inacabados**;**

- **preconiza a saúde financeira dos regimes de previdência** (art. 26 e 44);

- **valoriza o sistema de controle da execução orçamentária** (arts. 48 a 59)**;**

- **estabelece disposições concernentes às despesas públicas correntes e de capital** (arts. 15 a 23).

---

5 MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 221, jul./set., 2000, p. 73.

6 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *et. al*. *Responsabilidade Fisca*l. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 43.

Relativamente à despesa pública, a LRF contempla duas categorias: **obrigatórias de caráter continuado**, assim compreendidas aquelas derivadas de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo, que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios (art. 17); **e outras derivadas de contratos e demais atos administrativos ou cuja repercussão não se estenda a, pelo menos, três exercícios consecutivos** (art. 16).

Contudo, a *chave da gestão fiscal responsável* são as despesas de pessoal,7 que se enquadram quase que exclusivamente na definição de despesas obrigatórias de caráter continuado, sobretudo pela necessária previsão legal para a fixação de vencimentos e concessão de vantagens pecuniárias aos servidores (art. 61, § 1º, I, *a* c/c art. 169, § 1º c/c art. 37, X da Constituição), bem como em função do princípio da irredutibilidade (art. 37, XV da Constituição)

A LRF, respaldada no *caput* do art. 169 da Constituição, estabelece limites ao poder de gasto com pessoal das unidades da federação, inovando no que se refere à fixação de limites intra-orgânicos, conforme se infere dos arts. 19 e 20.8 9

Entende-se como **despesa total com pessoal** o somatório dos gastos do ente da Federação (respectivos Poderes e órgãos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes) 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 pelos entes às entidades de previdência. 10

Diversas polêmicas exsurgem em torno dos limites percentuais e do conteúdo das regras legais sobre as despesas de pessoal na LRF, cujo enfrentamento requer trabalho de maior envergadura. Nada obstante, a fim de contribuir para o debate, selecionamos, na tratativa dada pela LRF, o ponto que nos parece ter se transformado num verdadeiro nó górdio, para ser objeto de reflexões, qual seja o conteúdo, o alcance e as implicações da regra do art. 18, §

---

7 A expressão é baseada na obra conjunta de CORREIA, Arícia Fernandes. FLAMMARION, Eliana Pulcinelli. VALLE, Vanice Regina do. *Despesa de Pessoal: a chave da gestão fiscal responsável* – Teoria e Prática, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

8 Neste particular, a LRF revoga expressamente a Lei Complementar n. 96/99, que, por sua vez, revogou a Lei Complementar n. 82/95 (Lei Camata).

9 Para a União o patamar total do gasto é de 50% da receita corrente líquida (art. 1o, § 3o, IV), apurada somando-se a despesa realizada no mês em referência, que corresponde ao mês do levantamento (que passa a ser quadrimestral – cf. arts. 54 e 55 da LRF) com os dos onze meses imediatamente anteriores, pelo regime de competência (§ 2o do art. 18); nos Estados/DF e Municípios o percentual é de 60% apurados da mesma forma. Os limites intra-orgânicos variam de acordo com a natureza da unidade federada e sua respetiva estrutura (cf. art. 20).

10 O tratamento dado às despesas de pessoal pelo legislador é genérico. Compreende todos os valores de índole **remuneratória** pagos pelo ente federativo a seus agentes civis e militares, em atividade, inativos e pensionistas, bem como os encargos sociais e contribuições recolhidas às entidades de previdência na condição de empregador. Note bem que as despesas de custeio com natureza indenizatória não são computadas para fins de obtenção do montante global da despesa de pessoal (v.g., diárias).

1º da LRF, que dispõe:

> *"Art. 18 .....*
>
> *§ 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."*

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O termo terceirização, que deriva do latim *tertius*, significa um estranho na relação entre duas pessoas. Conquanto se afigure neologismo na língua portuguesa, o termo parece estar arraigado ao vocabulário pátrio a ponto de constar expressamente de nossos textos legislativos.

Do ponto de vista jurídico, terceirização (em sentido lato) é termo designativo das diversas formas de trespasse de atividades próprias de uma pessoa a outra. Numa acepção mais restrita, compreende os ajustes pelos quais se busca a locação de serviços, a contratação de pessoal por interposta pessoa, para que sejam supridas necessidades, transitórias ou permanentes, do serviço. É a terceirização de mão-de-obra.

> *"A terceirização é um fenômeno que se apresenta com maior ou menor intensidade em quase todos os países. Num mundo que tende para a especialização em todas as áreas, gera a terceirização novos empregos e novas empresas, desverticalizando-as, para que possam exercer apenas a atividade em que se aprimoram, delegando a terceiros a execução dos serviços em que não se especializaram. Constitui-se a terceirização numa realidade que o Direito do Trabalho (e o Direito Administrativo) tem que analisar."11 (grifo acrescido)*

Extremamente difundida no âmbito privado, a terceirização chegou ao Brasil com as multinacionais na década de 50, tendo sido objeto de sucessivas regulações (v.g., Decretos-Leis n. 1.212 e n. 1216 de 1966, Decreto n. 62.756 de 1968, Decreto-Lei n. 1.034 de 1969, Lei n. 6.019 de 1974, Lei n. 7.102 de 1983, Enunciado n. 256 do TST).12 Não obstante, seus reflexos se deram, também, na seara pública.

Na Administração Pública, a terceirização teve como marco legislativo o Decreto-Lei n. 200/67, que com seus postulados de planejamento, coordenação, supervisão, delegação de competência (descentralização e desconcentração) e controle, implementou a reforma administrativa. Recebeu, no texto, a apropriada nomenclatura de **execução indireta** dos serviços. É o que se verifica do art. 10, § 7o:

---

11 MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 4. ed., são Paulo: Atlas, 2000. p. 13.

12 Cf. MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit. p*. 16-19 e 106-115

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

§ 7o - 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 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 da execução."

O preceptivo já deixava nítido que somente as atividades materiais – que não implicassem o exercício do *poder extroverso*, para utilizar a expressão de Renato Alessi – poderiam ser objeto de execução indireta. Tais atividades são, hodiernamente, classificáveis como atividades-meio. Em outras palavras, as atividades que constituem o objeto propriamente dito da atuação das entidades privadas ou públicas não se prestam a serem terceirizadas.

"Atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa (e pela Administração), que não coincide com seus fins principais. São exemplos da terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância etc."13 (grifo acrescido)

Nessa esteira, a Lei n. 5.465, de 10 de dezembro de 1970 (art. 3o) dispôs:

"Art. 3o – As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7o do Decreto-Lei 200/67, de 25 de fevereiro de 1967."

O Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986, genericamente contemplou a contratação de serviços de terceiros pela Administração (arts. 5o, II, 9o, II e 12).

A Lei n. 8.666/93, sucessora do Decreto-Lei n. 2.300/86, definiu – art. 6º, II – serviço como "toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração..." No caso específico da terceirização, está-se diante de serviço que se ajusta pelo regime de execução indireta (art. 10, II). Vale dizer que a Administração, via licitação, contrata uma empresa (interposta pessoa) para fornecer-lhe mão-de-obra, não havendo, entre o empregado e órgão ou entidade pública tomadora do serviço, qualquer vínculo de subordinação.

Frise-se, por oportuno, que a terceirização não se confunde com a contratação temporária por excepcional interesse público a que alude o art. 37, IX, da Constituição. Nessa hipótese o poder público contrata, nos termos da lei (que deve ser editada por cada uma das esferas), diretamente (inexiste a interposta pessoa) os servidores de que necessita, os quais exercerão, transitoriamente, função pública (não se trata de cargo ou emprego), submetidos às ordenanças do

13 Sérgio Pinto Martins. *Op. cit. p.* 121.

contratante.14

O grande problema surgido em torno da terceirização, principalmente a partir da vigência da atual Constituição, foi a sua utilização como válvula de escape à realização de concursos públicos, com vistas a contornar a regra do art. 37, II da Constituição. Antes o problema exsurgia com menos intensidade, posto que o art. 97, § 1º da Carta revogada, permitia a contratação de empregados públicos, regidos pela CLT, sem a realização de concurso.

Com efeito, sob a égide da Constituição de 1988 e da Lei 8.666/93, o Tribunal de Contas da União firmou entendimento a respeito da terceirização no serviço público (Processo TC-475.054/95-4), publicado no *DOU* de 24/07/95), *verbis*:

> *"Efetivamente, a contratação indireta de pessoal, por meio de empresa particular para o desempenho de atividade inerente à Categoria Funcional [...], abrangida pelo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União, configura procedimento atentatório a preceito constitucional que impõe a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público..."*

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais trilhou o mesmo caminho na resposta unânime à Consulta n. 442370, Sessão do dia 22/04/96, rel. Conselheiro Moura Castro, *ad litteris*:

> *"... concluo não ser possível ao Município a terceirização de todos os seus serviços, mas apenas a daqueles de natureza auxiliar, ligados à atividade-meio. Não pode o Município terceirizar serviços que abrangem sua atividade-fim, traduzindo atribuições típicas de cargos permanentes, que só podem ser preenchidos por concurso público."15*

Infere-se com clarividência que as regras constitucionais da livre acessibilidade (art. 37, I) e do concurso público (art. 37, II c/c § 2o), derivadas do princípio máximo da igualdade,16 exigem a conciliação da disciplina dos cargos, empregos e funções públicos com o instrumento da terceirização, podendo-se afirmar que apenas continuam se prestando à execução indireta as atividades materiais (que não impliquem o exercício de prerrogativas públicas), enquadráveis no conceito apresentado de atividades-meio.

Resumindo o que aqui se afirma, está o verbete do Enunciado 331 do TST (itens II e III):

> *"Enunciado – 331:*
>
> *I - .....*

---

14 Sobre o tema, cf. nosso artigo *Contratação irregular de mão-de-obra no serviço público: burla ao princípio da livre acessibilidade*, Boletim ADCOAS, jan., 1998; ver, também, na *Revista Jurídica: Administração Municipal*, maio, 1998.

15 *BLC*, n. 8/2000, p. 450 *et seq.*

16 Para a compreensão do alcance normativo do princípio da igualdade, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

II - a contratação irregular de trabalhador, através de interposta pessoa, 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 7.012, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividades-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta"

Com efeito, a posição do TCU e da Justiça do Trabalho levou o Executivo Federal a editar o Decreto n. 2.271, de 7 de julho de 1997, que dispôs (art. 1, § 1o):

"Art. 1o .....

§ 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.

§ 2o - 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."

Com base nas disposições do aludido Decreto, o TCU vem pautando suas decisões conforme nós dá conta a Representação – TC 928.360/98-9, publicada no *DOU* de 4.2.00, que explicita:

"A execução indireta de serviços no âmbito da Administração Pública tem-se firmado cada vez mais tendência inexorável, consentânea ao novo modelo de Estado que vem sendo implementado no atual governo.

O TCU mostra-se alinhado a esta tendência, já tendo admitido, inclusive, a contratação de pessoal para a realização de atividades compatíveis com as atribuições de cargos previstos no plano de cargos e salários do órgão ou entidade jurisdicionado, ao dar provimento a recurso interposto pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – Infraero (Decisão n. 885/97 – rel. Ministro Carlos Átila Álvares de Silca: Ata n. 53/97 – Plenário), em vista do caráter especializado de que se revestiam as atividades de operador de PABX e telefonista.

Entendo que a flexibilização dispensada no precedente citado é bastante salutar e vai ao encontro das diretrizes que norteiam a moderna Administração Pública e dos pilares estatuídos nos §§ 1o e 2º do Dec. n. 2.271/97. Não obstante, devo asseverar que o elastecimento na contratação de na contratação indireta de serviços públicos na Administração Pública deve circunscrever-se a atividades de caráter inequivocamente anciliar. Ressalte-se que atividades dessa natureza exteriorizam-se através de atos materiais, meramente executórios, e não por atos administrativos stricto sensu." 17 (grifo nosso)

Em síntese, é perceptível que para as atividades-fim do órgão ou entidade,

17 *BDA*, n. 1/2001. p. 57-66.

assim consideradas aquelas que corriqueiramente afetam a administração, atribuídas aos agentes pertencentes ao seu quadro funcional, não se há, em princípio, cogitar da terceirização, sob pena de cometimento de ato de improbidade administrativa, punível nos termos do art. 37, § 2o, da Constituição e da Lei n. 8.429/92, sem embargo das sanções penais aplicáveis, previstas no Código Penal e no Decreto-Lei n. 201/67.18

Ainda assim, há doutrinadores que sustentam a possibilidade de dar-se elastério à terceirização de mão-de-obra no setor público. O professor Marcos Juruena Vilela Souto, por exemplo, registra:

> *"A regra é que, para atividades permanentes, seja criado, por lei, um cargo público e provido por um servidor selecionado através de concurso público. Se é que, em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do Poder Público, notadamente, as que exigem manifestação de poder de império (polícia, fiscalização, controle, justiça). As demais atividades que não exijam uso de força ou independência no controle podem (e, muitas vezes, devem) ser terceirizadas (sequer havendo necessidade de restabelecer o regime celetista para servidores públicos; basta que os cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário, sejam reservados às funções típicas de Estado, liberando-se a terceirização para outras funções, que podem compreender diversas formas de parceria que não apenas o vínculo celetista com o prestador do serviço." 19*

E continua o citado autor:

> *"Uma das críticas bastante freqüentes ao processo de terceirização, dentro ou fora da Administração Pública, seja por empresa de locação de serviços de mão-de-obra por ela empregada, seja por cooperativa, é o fato de que, não raro, muda a pessoa jurídica prestadora do serviço mas não as pessoas físicas que, concretamente, o executam.*
>
> *Tal aspecto, no entanto, é irrelevante para o tomador do serviço, já que a essência da terceirização é a atividade e não a pessoa física." 20*

Parece-nos, contudo, que a terceirização de mão-de-obra no serviço público não interessa exclusivamente ao tomador. A sociedade, ou pelo menos parte dela, tem interesse na manutenção da regra do concurso público para cargos e empregos, especialmente em tempos de desemprego no setor privado. Há valores outros a serem preservados como os princípios da isonomia e da moralidade.

De fato, não há se negar que "o objetivo da terceirização não é apenas a redução de custo, mas também trazer agilidade, flexibilidade e competitividade...".21, mas é necessário criar parâmetros para que não haja choque entre a sua utilização e a disciplina da livre acessibilidade e da seleção

---

18 Sobre o tema cf. nosso artigo *Contratação...., cit.*

19 SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Desestatização: Privatização, Concessões e Terceirizações*, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1999, p. 243-244.

20 *Ibidem*

21 MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit. p.* 24.

pública previstas na Constituição.

2.2 - O conteúdo da regra do art. 18, § 1o, da LRF

Apresentado o cenário da terceirização de mão-de-obra no direito brasileiro, resta-nos analisar o conteúdo e o alcance da norma do art. 18, § 1o da LRF. Antes, todavia, é mister ressaltar que os valores pagos pelos contratos de terceirização até então não engrossavam o montante do gasto total com pessoal dos entes federados.

Tolere-se a repetição, mas estampa o art. 18, § 1º da LRF:

> *"Art. 18 .....*
>
> *§ 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."*

A interpretação literal do dispositivo pode levar à conclusão de que o legislador determina a contabilização (e não o somatório) dos valores dos contratos nele mencionados ao total do gasto com pessoal. É a opinião de Ives Gandra, seguida por Arícia Fernandes Correia, para quem:

> *"Tudo leva a crer, portanto, que a mens legislatoris, foi a de inclusão das verbas de terceiros na base de cálculo das despesas gerais com pessoal, mas definitivamente, não é esta, como exaustivamente se demonstrou, a mens legis ou a vontade do preceito em si, que além de vida autônoma em relação ao intérprete, alimenta-se, para existir de suporte de existência e validade jurídica na Lei Maior e nos demais valores da ordem jurídico-administrativa como um todo."22*

Parece-nos, todavia, não ser possível retirar do conteúdo do dispositivo da LRF essa ilação, afinal as regras da boa hermenêutica apontam no sentido de que o parágrafo deve ser interpretado em consonância com o *caput,* o qual contempla especificamente todas as formas de remuneração que integram o montante de gasto com pessoal, induzindo-nos a pensar que o preceptivo prescreve a adição, às despesas de pessoal, do montante pago pela terceirização.23

Logo após a promulgação da LRF (junho de 2000) nos posicionamos:

> *"Quanto à terceirização, a maioria da doutrina e sólida jurisprudência (principalmente das Cortes de Contas) fixaram exegese no sentido de somente ser possível proceder-se à contratação de mão-de-obra terceirizada, sem que houvesse infringência à regra do concurso público (art. 37, II da Constituição),*

---

22 CORREA, Arícia Fernandes. *Op. cit. p*. 71-72.

23 Importa registar que o montante que deveria ser considerado na adição refere-se ao valor global do contrato, incluída a taxa de administração normalmente cobrada pelas locadoras de mão-de-obra e o respectivo lucro (BDI).

quando se tratasse das chamadas atividades-meio, tais como vigilância, transporte, ascensoristas e congêneres.

Para as atividades-fim, que impliquem exercício de prerrogativas de poder, o entendimento é no sentido de ser impossível a terceirização.

Com advento da nova regra, de duas uma:

- *ou o legislador está admitindo haja terceirização de atividades-fim (este seria o significado da expressão 'em substituição a servidores ou empregados públicos') e aí a norma da LRF é inconstitucional por afronta ao art. 37, II da Constituição.*

- *ou a intenção é mesmo incluir, no cômputo do limite dos gastos de pessoal, os valores pagos em razão de contratos de terceirização firmados pela Administração para atividades-meio."*

A segunda alternativa parece mais lógica e aceitável, conquanto possa causar proporções drásticas em matéria de desemprego..." 24

Refletindo novamente sobre o assunto, percebemos que o ponto nevrálgico está em desvendar o alcance da expressão: "...terceirização de mão-de-obra que se refere à substituição de servidores e empregados públicos.", de vez que o legislador da LRF não o fez.

Na advertência de Carlos Motta *et al*:

"Substituição de servidores ou empregados públicos é expressão que pode ter um sentido estrito ou lato. O sentido estrito remete à designação formal do cargo, à letra da legislação de pessoal dos entes políticos, ao estabelecido nos planos de cargos, empregos e carreiras dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta. E o sentido lato conduz ao conteúdo laboral do serviço terceirizado, que pode, ou não, ser interpretado como 'próprio' de servidor ou empregado público.

Identifico, aí, um ponto crucial na aplicação desta lei, que poderá dar origem a sérios problemas e pendências. Em sentido rigoroso, para se averiguar se determinado contrato de serviço está, concretamente, "substituindo servidor ou empregados" em texto normativo referente ao órgão ou entidade. Ora, a legislação e regulamentação referente aos planos de cargos e empregos das instâncias da Federação é freqüentemente profusa, obscura e ambígua. Planos de carreira de Estados e Municípios, bem como regulamentos de entidades paraestatais, abrigam designações de cargos há longo tempo sem ocupantes. Na prática, há cargos cuja desnecessidade foi declarada, cujas atividades foram terceirizadas, mas ainda não foram formalmente extintos."25

A necessidade de definir o alcance da expressão foi sentida pelo legislador federal, que, ao editar a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União n. 9.995, de 25 de julho de 2000, interpretou, autenticamente, o conteúdo do § 1º do art. 18:

"Art. 64. O disposto no § 1o do art. 18 da Lei Complementar n. 101, de 2000,

---

24 FERRAZ, Luciano. Licitações, Contratos e Novas Funções dos órgãos de Controle em face da Lei de Responsabilidade Fiscal, *in.* MOURA CASTRO, Flávio Régis Xavier de (coord*.). Apontamentos sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*, Belo Horizonte, ATRICON/Del Rey, p. 109.

25 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Responsabilidade..., cit*., p. 371.

aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para feito 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;

II - não sejam inerentes às 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, total ou parcialmente."

A necessidade de edição da norma interpretativa alicerça nosso entendimento de que não era possível retirar do texto do art. 18, § 1º, o conteúdo e o alcance da expressão *"... terceirização de mão-de-obra que se refere à substituição a servidores e empregados públicos."* Na conformidade da lição de Limongi França:

> *"A nosso ver, basta o fato de ser (a lei) interpretativa para que não seja igual à interpretada. Com efeito, é em virtude da obscuridade ou ambigüidade desta que aquela se elabora, tendo por fim, entre dois ou mais caminhos possíveis, fixar a validade de um apenas. Considerado, pois, o fato de modo objetivo, tendo-se em vista o texto do mandamento, a lei interpretativa é, no caso, mais restrita que a interpretada."26 grifo acrescido*

Portanto, o norte para se saber quais são as despesas com terceirização que se aglutinam ao montante das despesas de pessoal, deve ser, na nossa opinião, a regra interpretativa da LDO da União, que, não obstante seja norma de caráter exclusivamente federal, diferentemente da LRF que é norma de caráter nacional, é obra do mesmo legislador da LRF – o Congresso Nacional com a sanção do Presidente.

A toda evidência o conteúdo do art. 64 e seu parágrafo citados é mais restritivo do que o do art. 18, § 1º da LRF – o dispositivo excluiu do percentual dos gastos de pessoal as atividades submetidas à **execução indireta** (terceirização) que, **ao mesmo tempo** (em virtude do advérbio 'simultaneamente' constante do *caput*), digam respeito a atividades-meio (inciso I), e desde que se esteja diante de uma das seguintes hipóteses:

- inexistência, no plano do órgão ou entidade, de cargos ou empregos com as mesmas atribuições dos terceirizados, salvo se existir disposição legal (de cada ente) estatuindo de forma diversa (inciso II, 1a parte);

- existência de cargos, organizados ou não em carreira, que já tenham sido extintos total ou parcialmente (inciso II, 2a parte).

---

26 FRANÇA, Rubens Limongi. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 199.

A primeira conclusão não traz maiores dificuldades, lembrando que deve-se cogitar **sempre** de atividades-meio.

No que tange à segunda, insta registrar que é imprescindível que os cargos correspondentes tenham sido licitamente extintos. Não é possível, a nosso ver, a utilização da declaração de desnecessidade do cargo para autorizar a terceirização lícita.

A extinção de cargo depende de lei, ao passo que a declaração de desnecessidade prescinde, já que resultante de ato administrativo motivado. É esta a inteligência do Supremo Tribunal Federal colhida do julgamento do Mandado de Segurança n. 21213-6, relator Ministro Octávio Galotti, bem como do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na apreciação da Apelação Cível n. 110.807/7, Relator Desembargador Sérgio Léllis Santiago.

O professor Paulo Neves de Carvalho, em memorável parecer, manifesta-se sobre a questão:

> *"A extinção dos cargos públicos há de fazer-se por lei; a declaração de desnecessidade de cargos, no entanto, é o ato de natureza estritamente administrativa. Devendo praticá-lo o administrador que tenha poder para a nomeação; a competência para a declaração é deduzida diretamente da Constituição da República (Art. 41, § 3o)...." 27*

Depreende-se, pois, que:

- os contratos de terceirização de atividades-meio, quando concernentes a atividades sem correspondência no plano de cargos do órgão ou entidade, estão, em regra, **excluídos** do percentual de gastos; se houver a correspondência, a lei determina o cômputo;

- os valores relativos aos contratos de terceirização de atividades-fim, **conquanto inconstitucionais**, conforme registramos, incluem-se no percentual limite dos gastos de pessoal – esta é a única explicação para que o legislador determine o somatório dos respectivos contratos, **independentemente de sua validade**. 28

- os valores dos contratos de terceirização de atividades-meio, desde que concernentes a atividades inerentes à categoria do órgão ou entidade contratante, devem ser incluídos no percentual, salvo se os cargos ou empregos tiverem sido extintos total ou parcialmente.

---

27 CARVALHO, Paulo Neves. *Parecer para a Prefeitura Municipal de Governador Valadares*, 1997 (mimeo), fotocópia gentilmente cedida por sua assistente Lourdes Ivo de Souza.

28 Cf. *caput* do citado art. 64 da LDO da União;

2.3. O ART. 18, § 1O DA LRF E A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS

Cumpre registrar, ainda, que os contratos relativos a serviços técnicos especializados, ajustados com fundamento no art. 25, II, e § 2o, da Lei 8.666/93, **não integram o percentual de gasto de pessoal**.

Com efeito, para além de não se afigurarem propriamente 'contratos de terceirização' (em sentido estrito), tais avenças compreendem serviços de caráter singular, os quais, em razão de sua especificidade, podem não vir a ser desempenhados por servidores ou empregados pertencentes aos quadros do órgão ou entidade. A escolha é discricionária.

De toda sorte, é condição para a licitude da contratação do profissional, notório especializado, tratar-se de serviço de natureza singular, técnico especializado, passível de inexigibilidade, tais como os do art. 13 da Lei n. 8.666/93. Sobre o assunto vale transcrevermos nossas observações sobre o art. 25, II da Lei de Licitações:

> *"Em verdade, para o preciso entendimento do que seja a presente hipótese de inexigibilidade, é cogente a interação dos três principais elementos que configuram o tipo [...] Assim, o que possibilita seja um serviço tido como técnico especializado singular passível de contratação direta é o somatório dos seguintes fatores:*
>
> *a) especificidade do serviço, isto é, que o serviço exija determinado grau de especialização para ser executado que o faça destoar dos que corriqueiramente afetam a Administração;*
>
> *b) reconhecido calibre profissional (notoriedade) da pessoa física ou jurídica a ser contratada pela Administração. Isso não significa seja o único notório especializado capaz de desempenhar o contrato, poderão existir outros com competência para fazê-lo. Para Eros Grau, o elemento diferenciador entre os diversos notórios especializados existentes e que justifica a escolha do administrador é o grau de confiança nele depositada;*
>
> *c) heterogeneidade do produto final (serviço) a ser desempenhado pelo prestador, vale dizer: somando-se a especificidade do serviço e a envergadura do profissional que o executará, o resultado a ser obtido revestir-se-á do caráter de singularidade, que o transformará, não em gênero, de modo a ser caracterizado como único, mas em espécie evoluída de um gênero já existente." 29 (itálico no original)*

Do primeiro elemento destacado – especificidade do serviço – extrai-se fundamento bastante à não-contabilização, nos moldes do § 1o do art. 18 da LRF, dos valores de tais contratos. Todavia, estes mesmos valores integrarão, para todos os fins, o percentual a que alude o art. 72 da LRF.

Os ajustes realizados licitamente com notórios especializados, posto que não passíveis de abarcar serviços que afetam corriqueiramente a Administração,

---

29 FERRAZ, Luciano. *Licitações..., cit.*, p. 88.

os quais devem ser desempenhados por servidores ou empregados públicos, estão excluídos do percentual-limite para as despesas de pessoal previsto na LRF. Não é outra a inteligência do art. 26, § 2o da LDO da União.

2.4. O DIFERIMENTO DA APLICAÇÃO DO ART. 18, § 1O DA LRF PELA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 70 DA LRF

Fixado o conteúdo que nos parece o mais adequado acerca da regra do art. 18, § 1º, resta-nos indagar se os contratos que ele abarca devem ser imediatamente somados ao montante das demais despesas de pessoal, a fim de se apurar o montante gasto pelo ente federativo.

Temos que o art. 18, § 1º da LRF, por fazer parte de seu corpo permanente, deve ser lido em conjunto com as regras de transição que lhe são afetas, constantes das Disposições Finais e Transitórias, em especial, o art. 70 que preceitua:

> *"Art. 70 - O Poder ou órgão referido no art. 20 cuja despesa total com pessoal no exercício anterior ao da publicação desta Lei Complementar estiver acima dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 deverá enquadrar-se no respectivo limite em até dois exercícios, eliminando o excesso, gradualmente, à razão de, pelo menos, 50% a.a (cinqüenta por cento ao ano), mediante a adoção entre outras, das medidas previstas nos arts. 22 e 23.*
>
> *Parágrafo único - A inobservância do disposto no caput no prazo fixado, sujeita o ente às sanções previstas no § 3o do art. 23."*

Do teor do art. 70, depreende-se que o legislador previu interregno correspondente a dois exercícios para que os entes federativos e os respectivos Poderes e órgãos, que estiverem além dos limites de gasto com pessoal, procedam à adequação.

Para tanto, devem apurar o montante gasto com pessoal no exercício de 1999, verificando se os limites foram respeitados. Caso não tenham sido, o ente (o Poder ou o órgão) deverá, adotando as medidas de contenção dos arts. 169 da CF/88 e 23 da LRF, reduzir o excesso em dois exercícios, à razão de 50% em cada um, no intuito de se conformar aos limites. Sobre o tema escrevemos:

> *"Registre-se que a regra do artigo 18, § 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal deve ser lida com os artigos 70 e 72. É que o artigo 70, ao prescrever prazo de dois anos, correspondente aos exercícios de 2000 e 2001, para que o limite de despesa de pessoal seja alcançado, diminuindo-se 50% ao ano, utiliza como parâmetro de gasto os valores do exercício imediatamente anterior ao da data do início de sua vigência, ou seja, o total de gasto com pessoal no exercício de 1999.*
>
> *Ora, em 1999 os contratos de terceirização de mão-de-obra não se agregavam aos gastos com pessoal; acresce que inexiste remissão no corpo do citado artigo 70 da Lei de Responsabilidade Fiscal ao artigo 18, § 1º.*
>
> *Desta forma, entendo que durante o período prescrito pelo legislador para redução das despesas com pessoal, os valores dos contratos de terceirização de*

mão-de-obra estarão excluídos do cômputo global das despesas, devendo dele participar a partir do exercício de 2002."30

Os valores dos contratos de terceirização que não se enquadram no disposto no art. 18, § 1º da LRF (com a interpretação dada pelo art. 64 da LDO da União) e que, por isso, não se somam aos gastos de pessoal, submetem-se ao preceito do art. 72 da LRF, que também constitui um fator de limitação à liberdade de dispêndio dos gestores. Dispõe:

"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 e, vigor desta Lei Complementar, até o término do terceiro exercício seguinte."

Digna de nota a conclusão que consta do Manual do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul sobre o disposto neste art. 72.

"A regra posta no transcrito artigo 72 estabelece um limitador de comprometimento da receita corrente líquida com serviços de terceiros.

Tal limite, que vigorará até 31.12.2003, deve ser calculado tomando-se por base o total das contratações de prestação de serviços de terceiros celebradas no exercício de 1999, e verificando qual a sua participação percentual em relação ao montante da receita corrente líquida arrecadada no mesmo exercício.

O percentual obtido corresponderá ao limite a ser observado por Poder ou órgão, dentre aqueles a que alude o art. 20, em cada um dos exercícios de 2000 a 2003, em relação à despesa total com a contratação em tela igualmente nos citados períodos. Isto eqüivalerá dizer que eventual ampliação ou redução da receita corrente líquida implicará a possibilidade de ampliação ou a necessidade de diminuição proporcional de despesa com serviços de terceiros, mantido sempre o percentual inicialmente estabelecido na relação."31 (grifo nosso)

Partindo dessa orientação e pretendendo conciliá-la com a regra do art. 18, § 1º da LRF, cumpre-nos ressaltar que os contratos de terceirização de mão-de-obra, cujos valores devem ser contabilizados como *outras despesas de pessoal* e que, segundo nosso entendimento, somar-se-ão ao montante de gasto com pessoal, a partir de 2002 participavam, no exercício de 1999, da rubrica *serviços de terceiros*.

Por essa razão, devem ser levados em consideração para a obtenção do percentual que servirá de parâmetro à contratação de *serviços de terceiros* até 2003, devendo, ainda, ter seus valores cogitados nesse total durante os exercícios de 2000 e 2001. Ao depois, ou seja, a partir de 2002, deverão ser excluídos, o que permitirá, em virtude da exclusão, maior flexibilidade na contratação de *serviços de terceiros* por parte do administrador, haja vista que o somatório a que se fez menção, terá servido para majorar o percentual de

30 FERRAZ, Luciano. Licitações, Contratos e Funções dos Órgãos de Controle em face da Lei de Responsabilidade Fiscal. *In* CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura (coord.) *Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagens pontua*is, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 186.

31 *In Revista Interesse Público*, n. 8, out./dez. 2000, São Paulo: Notadez, p. 158.

dispêndio com tais serviços ao abrigo da LRF.

3. CONCLUSÃO

A LRF é instrumento que se insere no bojo da reforma do Estado brasileiro, cujo *manche* está direcionado ao "Estado Mínimo" defendido por Güy Sormam ou ao "Estado Modesto" preconizado por Michel Crözier.

Suas disposições demandam nova orientação acerca das relações entre Estado e sociedade, destacando-se por introduzir rígido código para as finanças em todos os níveis, com o objetivo de diminuir o déficit público. Encerra-se a idéia de que o Estado deve ser onipresente e onipotente, canalizando suas receitas para atividades essenciais, pagamento de juros e encargos da dívida e amortização do seu estoque.

A vertente da atividade financeira que mais de perto sofre sua incidência são as despesas de pessoal. Há a fixação de limites para todas as esferas da federação e respectivos Poderes e órgãos, bem assim a previsão de penalidades para o ente que os desrespeite.

A terceirização de mão-de-obra – contratação por interposta pessoa – fenômeno corrente no dia-a-dia da administração pública brasileira, não passou ao largo do legislador da LRF, tendo sido objeto da regra do seu art. 18, § 1º .

A redação do dispositivo é confusa, gerando polêmicas e dúvidas na sua aplicação. Apercebendo-se disso, o legislador federal incluiu na sua Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2001, norma de cunho interpretativo sobre o conteúdo e o alcance da regra da terceirização, que se constitui, em nossa opinião, no norte para se desvendar o art. 18, § 1º da LRF.

Com efeito, foi mantida a distinção entre atividades-fim (insuscetíveis de terceirização) e atividades-meio (passíveis de terceirização), na mesma linha preconizada pelo Decreto n. 2.271/97.

Em linhas gerais, tem-se que:

- os valores dos contratos de terceirização de atividades-meio não se incluem no cômputo do montante de gastos com pessoal, quando não haja correspondência no quadro do órgão ou entidade, salvo disposição legal em contrário;

- como uma espécie de penalização, os valores relativos a contratos de terceirização de atividades-fim (inconstitucionais), bem como os relativos a atividades-meio com correspondência no quadro do órgão ou entidade, integram o montante de gasto com pessoal, salvo nesta última hipótese, se os cargos ou empregos tiverem sido licitamente extintos total ou parcialmente;

- os valores pagos pelos contratos de prestação de serviços técnicos

especializados (art. 25, II da Lei de Licitações), desde que lícitos, estão excluídos do montante com gasto de pessoal;

Ressalte-se que a regra transitória do art. 70 da LRF difere a aplicabilidade do dispositivo do corpo permanente (art. 18, § 1o) para o exercício que se iniciará a partir de 2002, consoante nosso entendimento. Nos exercícios de 2000 e 2001 os valores dos contratos de terceirização, conquanto devam ser contabilizados como *outras despesas de pessoal*, integrarão o limite do art. 72 da LRF, dele se excluindo a partir de 2002.

Por derradeiro, registre-se que a Constituição não abre espaço a que se possa, valendo-se do instituto da terceirização, excluir do serviço público os regimes de cargo, de emprego e o excepcional do contrato temporário. Qualquer medida tomada nesse sentido deve ser repelida pelos órgãos competentes (Judiciário, Legislativo, incluído os Tribunais de Contas, Executivo e Ministério Público) que têm o dever-poder de fazer cumprir os ditames máximos do ordenamento jurídico. (Belo Horizonte, outubro de 2000).

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FERRAZ, Luciano. Função Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 8, nov/dez - 2006/ jan de 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível