

# Terceirização municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>1</sup>

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro**

Possui Mestrado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (1973) e Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (1982). Atualmente é Professora Titular da Universidade de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Estado, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Administrativo, Administração Pública, Servidor Público, Contrato Administrativo e Concessão de Serviço Público.

Agradeço inicialmente ao Professor José Nilo de Castro pelo convite, que me deixou muito honrada, para vir participar deste evento. Gostaria também de me associar às homenagens que foram prestadas ao Professor Paulo Neves de Carvalho, já que não pude estar aqui ontem. Nesta minha atividade de professora palestrante, acabei conhecendo e fazendo amizade com professores de Direito Administrativo praticamente do Brasil inteiro. Há alguns que prezo muito, mas posso dizer, sem medo de errar, pedindo desculpas aos demais, que o Professor Paulo Neves ocupa um lugar muito especial no meu coração, não apenas pelas qualidades como professor, mas pela pessoa maravilhosa que é, e porque fez parte de duas bancas de concurso de que participei primeiro em busca da livre docência e depois pelo cargo de professora titular da Faculdade de Direito da USP o que me deixou muito feliz. Que estas minhas primeiras palavras sejam de homenagem a ele.

O tema que me foi proposto — Terceirização municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal — não é simples. Se fosse, evidentemente, não estaria sendo aqui discutido. Eu diria que não existe muita diferença entre terceirização no âmbito federal, no estadual ou no municipal. Terceirização é terceirização nas três esferas de governo. Infelizmente aqui no Brasil, quando se legisla, legisla-se pensando no Governo Federal, na União, e muitas vezes não sendo lembradas as peculiaridades dos Estados e muito menos dos Municípios. Participei, há pouco, de uma reunião em São Paulo onde se discute o novo anteprojeto de lei de licitações, que é extremamente preocupante, muito ruim, de tal modo que esperamos que não seja aprovado, pois, mais uma vez, essa outra realidade que é a dos Municípios fica esquecida.

Mas a Lei de Responsabilidade Fiscal contém uma norma no art. 18, §1º, a respeito da terceirização. É um dispositivo que vem no capítulo dos limites de despesa com pessoal. Talvez, de todas

as matérias da lei, a que esteja trazendo mais problemas, mais controvérsias, seja essa relativa aos limites de despesa com pessoal. Mas não é nem o caso de nos estendermos sobre isso, tendo em vista que o tema está muito direcionado e que o tempo é curto para cada palestrante.

Esse art. 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, 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 com pessoal. Eu acredito que talvez seja a primeira lei, pelo menos no que se refere à Administração Pública, que usa a palavra terceirização. Não conheço outra que adote esse termo, embora a terceirização não seja fenômeno novo. É prática muito antiga, porque sempre se fez terceirização aqui no direito brasileiro, só que não se utilizava essa terminologia.

Mas o que acontece é que a terceirização ultimamente vinha sendo utilizada como forma de burlar duas normas da Constituição Federal: uma, a referente à exigência de concurso público para investidura de todas as categorias de servidores, já que se começou a utilizar a terceirização como forma de contratar pessoal sem submetê-los a concurso público; outra que impõe limites à despesa com pessoal, já que, com a Emenda Constitucional nº 19, foram previstas sanções para o descumprimento desse limite.

Com a previsão dessas sanções, começou-se a utilizar a terceirização como forma de burlar também o limite de despesa com pessoal. Se não podemos contratar, não podemos nomear, porque isso vai cair na rubrica de gastos com pessoal, vamos, então, terceirizar, quer dizer, vamos contratar uma empresa que nos fornecerá mão de obra. Assim sendo, os gastos cairão em outro item do orçamento, fugindo, portanto, ao limite da despesa com pessoal.

E foi exatamente para contornar essa burla que a Lei de Responsabilidade Fiscal inseriu o dito dispositivo, dizendo que a terceirização de mão de obra, que tenha por objetivo substituir o servidor público, é considerada como despesa com pessoal e entra, portanto, no limite imposto pela Constituição.

Surge, assim, o primeiro problema, pois o referido dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal

<sup>1</sup> Texto da palestra proferida pela autora no dia 8 de abril de 2002 por ocasião do *I Congresso Mineiro de Direito Municipal* em Belo Horizonte/MG, ocorrido entre os dias 7 e 9 de abril de 2002, no Hotel Mercure. Publicado originalmente na *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, n. 7, p. 40-50, jan./mar. 2003, sem a revisão da autora.

tem uma redação de difícil compreensão e está dando margem a controvérsias; a primeira dificuldade já está em afirmar o que é terceirização; a segunda consiste em definir o que se quis dizer com substituição de pessoal. Tentaremos chegar a algumas conclusões. Na esfera federal existem algumas normas que podem também ser seguidas pelos Municípios, a título de orientação.

A terceirização começou a ser usada inicialmente pelas empresas privadas para contratação de serviços de terceiros para o desenvolvimento de atividades-meio. Basicamente ou fundamentalmente a terceirização levaria a empresa a concentrar-se na sua atividade-fim, deixando as atividades acessórias, complementares, para serem executadas por outras empresas contratadas para esse fim; é o caso, por exemplo, das atividades de vigilância, limpeza, auditoria, contabilidade.

Para a empresa tomadora do serviço, existem várias vantagens nessa prática, pois, pelo menos teoricamente, a empresa contratada é mais especializada naquelas atividades, pois ela só faz vigilância, só faz limpeza, só faz auditoria. Sendo assim, a empresa tomadora desses serviços teria toda sua estrutura e todo o seu pessoal voltados mais especificamente para a atividade-fim.

Porém, o grande objetivo, eu diria o maior de todos, da terceirização seria a diminuição dos encargos sociais. Já que esse pessoal que vai trabalhar na empresa não tem vínculo de emprego com a tomadora de serviço, a empresa não terá de pagar previdência social, não terá despesas com o PIS, com o PASEP e com os outros encargos sociais que hoje existem em grande quantidade. Eu diria que o objetivo fundamental dessa prática é, na realidade, fugir aos encargos sociais das empresas. Alega-se também que a redução nos gastos com esses encargos provoca uma redução no preço dos serviços da empresa.

Antes de passar para a terceirização dentro da Administração Pública, eu gostaria de fazer uma observação: embora a terceirização normalmente seja voltada para a atividade-meio, existem inúmeros exemplos concretos, práticos, em que a terceirização na empresa privada objetiva a própria atividade-fim, por exemplo, os casos de franquias: nesses casos, é toda a atividade de uma empresa que passa para outra empresa; é, então, a própria atividade-fim que constitui objeto de terceirização.

Mas o que nos interessa especialmente em relação à Administração Pública é a terceirização da atividade-meio, pois terceirizar a atividade-fim não é possível, a menos que se queira acabar com a Administração Pública, acabar com o próprio Estado. No dia em que o Estado terceirizar a sua atividade-fim, ele perderá grande parte de sua utilidade.

A terceirização pode assumir as mais diferentes modalidades; pode adquirir a forma de empreitada, seja empreitada de obra, seja empreitada de serviço. Por exemplo, uma empresa vai realizar uma obra e, em vez de realizá-la, ela mesma, com seus empregados, prefere contratar uma outra empresa para executá-la. A empreitada de serviços não tem por objeto a prestação de um serviço contínuo, a ser prestado como se fosse por um empregado da empresa tomadora. Ela visa um serviço, um resultado - por exemplo, a empresa quer que seja feita uma auditoria ou uma pesquisa, com um resultado específico. Na empreitada não há óbice jurídico nenhum, nem para a empresa privada nem para a Administração Pública. O grande problema existe quando a terceirização assume a forma de fornecimento de mão de obra.

Tanto na empresa privada quando na Administração Pública, a terceirização sob forma de fornecimento de mão de obra ocorre quando o tomador de serviço contrata uma empresa para que esta forneça pessoal para trabalhar dentro da empresa tomadora. No caso da Administração Pública, seriam pessoas que viriam trabalhar para ela, embora sem vínculo empregatício.

A Justiça do Trabalho sempre implicou com esse tipo de contrato de terceirização de fornecimento de mão de obra. Também na doutrina, alguns acham que se trata de contrato com certa dose de imoralidade, porque o objeto do contrato é o trabalho humano. A Justiça do Trabalho, mais especificamente o TST, originariamente baixou um Enunciado, de nº 256, consagrando o entendimento de que só nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância em estabelecimentos financeiros é que é possível esse tipo de contratação. Diz o Enunciado: "Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância previstos nas leis nº 6.019, de 13 de janeiro de 1974, e nº 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalho por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços".

Portanto, salvo nessas hipóteses, o contrato não pode ser celebrado, porque ilegal, e, se for firmado, a consequência é a formação do vínculo de emprego com a empresa tomadora do serviço; quer dizer, ela vai acabar caindo naquilo de que quis fugir, os encargos trabalhistas, pois se esses empregados forem à Justiça do Trabalho, esta vai dizer que existe o vínculo com a empresa tomadora.

No âmbito da Administração Pública a terceirização sob a forma de empreitada é um contrato muito antigo, sempre existiu, pois a lei sempre permitiu a execução de obras e a prestação de serviços por meio de empresas contratadas para esse fim. Isto já era previsto no art. 10 do Decreto-Lei

nº 200, de 1967. Já se previa a possibilidade da Administração desobrigar-se da execução de tarefas executivas mediante as atividades relacionadas com transporte, conservação, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. A possibilidade continuou sendo prevista no Decreto-Lei nº 2.300 e está prevista na Lei nº 8.666.

O art. 10 da Lei nº 8.666, a famosa Lei de Licitações e contratos, estabelece textualmente que as obras e os serviços podem ser executados direta ou indiretamente pela Administração; quer dizer, a própria lei prevê a execução direta ou a execução indireta, equivalendo, esta última, à terceirização. Além disso, a lei define serviço, no art. 6º, inciso II, como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a administração, tais como demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte” etc. Também o art. 13 fala nos serviços técnicos profissionais especializados, que podem ser contratados com inexigibilidade de licitação, com profissional notoriamente especializado, abrangendo estudos técnicos, planejamento, projetos básicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias etc. São, portanto, duas espécies de serviços que a própria Lei de Licitações permite sejam objeto de contratação; correspondem ao contrato chamado de prestação de serviço ou de locação de serviço, que é válido porque tem fundamento em lei. Eu diria que existe fundamento na própria Constituição para esse tipo de locação de serviços, pois o art. 37, inciso XXI, fala que as obras, serviços, compras e alienações poderão ser celebrados mediante contratos precedidos de licitação.

A dificuldade está, no entanto, naqueles contratos de fornecimento de mão de obra, que são celebrados muitas vezes para tentar enganar o Tribunal de Contas com o nome de contratos de prestação de serviços. O objetivo ou a vantagem seria realmente que esse pessoal contratado por meio de uma empresa não tem vínculo de emprego com a Administração Pública, liberando-a de arcar com os encargos sociais pertinentes, já que o vínculo dessas pessoas é com a empresa fornecedora da mão de obra.

O uso desse tipo de contrato vem sendo feito em grande escala no próprio Governo Federal, como também nos Estados e Municípios; todos vêm fazendo isso. Pessoalmente sempre fui contra esse tipo de contrato. Não posso deixar de manifestar a minha opinião, caso contrário não se justificaria a minha presença aqui. Acho realmente que esses contratos burlam as normas relativas aos servidores públicos; não adianta existir um capítulo na Constituição sobre servidor público, exigindo concurso público para que o servidor ocupe cargo

ou emprego, se depois deixarmos tudo isso de lado e contratarmos pessoal por meio de empresa intermediária. Essa forma de contratação burla também o limite da despesa com pessoal e esse tipo de contrato não cria vínculo de emprego com a Administração Pública. Logo, esse pessoal não pode ser considerado servidor público.

Eles são considerados funcionários de fato e, em consequência, não podem assinar documento nenhum, não podem praticar nenhum ato administrativo, não podem celebrar um contrato, não podem aplicar uma penalidade. Eles só podem, quando muito, se aceitarmos esse tipo de contrato, prestar atividades puramente materiais que não tenham nenhuma consequência jurídica para a Administração Pública, porque eles não estão investidos em cargo, emprego ou função; eles são como se fossem particulares que estivessem prestando serviços dentro da Administração Pública.

Penso que esse tipo de contrato favorece o apadrinhamento político, pois se o político não pode indicar a pessoa para um determinado cargo, porque ela tem que prestar concurso público, ele indica para a empresa intermediária, e a pessoa entra pela via indireta, não observando as leis de trabalho temporário. Acho que está tudo errado quando a Administração Pública celebra esse tipo de contrato. Mas ela o faz. E daí a grande quantidade de ações judiciais, porque esse pessoal vai buscar os seus direitos na Justiça do Trabalho, já que é contratado pela empresa terceirizada sob o regime da CLT. E a Justiça do Trabalho baixou um outro Enunciado, de nº 331, que alcança a Administração Pública.

Esse Enunciado faz expressa referência à Administração Pública e tem praticamente quatro normas. A primeira repete basicamente o Enunciado nº 256, dizendo que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador do serviço, salvo no caso de trabalho temporário.

Depois vem o item II, que diz: “a contratação irregular do trabalhador através de empresa interposta não gera vínculo de emprego com o órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional”; entre parênteses, foi inserida uma referência ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, querendo deixar claro que essa contratação não forma vínculo de emprego porque esse pessoal não prestou concurso público.

A terceira regra diz que “não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação”.

E o quarto item cuida da responsabilidade: “o inadimplemento das obrigações trabalhistas por

parte do empregador implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”. Quer dizer, em outras palavras, que não forma vínculo de emprego com a Administração Pública. Mas, em caso de responsabilidade pelos encargos trabalhistas e previdenciários, o Estado vai responder subsidiariamente. Esse Enunciado sofreu alteração recente, pela Resolução nº 96, de 11 de setembro de 2000, também do TST. E essa alteração foi exatamente para fazer com que a Administração Pública direta ou indireta seja abrangida por essa norma da responsabilidade subsidiária.

O que é importante chamar a atenção quanto a esse Enunciado é, em primeiro lugar, para o fato de que ele só trata da terceirização sob a forma de fornecimento de mão de obra, não se aplicando para a locação de serviços permitida pela Lei nº 8.666; ele está querendo coibir o fornecimento de mão de obra como burla aos direitos do trabalhador, não interferindo, por exemplo, com a empreitada de obra e de locação de serviços disciplinados pela Lei nº 8.666, que continuam válidas. A hipótese de terceirização que esse Enunciado considera válida é a do trabalho temporário; nos demais casos, salvo essa hipótese, o contrato é nulo e forma vínculo com o tomador de serviços.

Mas o Enunciado apresenta duas exceções em que não se forma vínculo com o tomador de serviços: a primeira exceção ocorre quando o contratante é a Administração Pública, quer dizer, a contratação é nula e o vínculo não se forma com o tomador de serviço. Isso ficou ótimo para a Administração Pública, mas deixou o empregado na rua da amargura, pois o vínculo não se forma com a Administração Pública e ela não tem que pagar encargo nenhum. Quando se tratar de contrato de vigilância, conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação, a contratação é lícita, pois nesse caso não se trata de fornecimento de mão de obra. A responsabilidade também está prevista no Enunciado, sendo da empresa fornecedora, mas o tomador de serviço responde subsidiariamente; e o Enunciado abrange também a Administração Pública direta ou indireta no que diz respeito à responsabilidade.

Eu diria que há grande dificuldade em distinguir contrato de locação de serviços de contrato de fornecimento de mão de obra, porque as diferenças são muito tênues. Por exemplo, se nós imaginarmos um contrato de vigilância, a Lei nº 8.666 o permite, como locação de serviços; quando é que ele passaria a ser considerado fornecimento de

mão de obra e, portanto, ilícito? Quando estejam presentes as características da relação de emprego, que são subordinação e pessoalidade. É preciso muito cuidado, porque na locação de serviços o Poder Público contrata uma empresa para prestar uma determinada atividade, sendo indiferente, para a Administração Pública, quem são as pessoas físicas que vão prestar o trabalho. A empresa é que vai prestar o serviço, não interessando se é o João, o Benedito, o José, a Maria. Isto é irrelevante, pois se o Poder Público disser “eu quero o empregado João”, está caracterizada a pessoalidade e, portanto, haverá o contrato de fornecimento de mão de obra. É preciso muito cuidado ao contratar uma empresa e é necessário que todas as negociações sejam feitas diretamente com ela e não com seus empregados. Se o empregado praticar uma irregularidade, a Administração Pública não vai puni-lo, não vai transferi-lo, não vai dispensá-lo; ela tem que punir a empresa, tem que notificar a empresa para que ela corrija a irregularidade.

Darei alguns indícios, que têm sido levados em consideração na Justiça do Trabalho, da existência de uma relação de emprego que pode levar a caracterizar o contrato como fornecimento de mão de obra.

O primeiro indício é a indicação, pelo poder público, das pessoas físicas que ele quer que prestem o serviço. Quando a Administração Pública solicita a uma determinada empresa fornecimento de mão de obra e deixa claro que quer os empregados João, Benedito, Maria, na realidade a Administração está interessada na pessoa física. Ela quer determinadas pessoas e não qualquer uma. Esse é o indício mais forte de todos.

Segundo, quando muda a empresa, às vezes, o contrato já se extinguiu, a Administração celebra outro, com empresa diversa, mas as pessoas que continuam prestando o serviço são as mesmas. É muito comum isso acontecer.

Outro indício se verifica quando a empresa usa os equipamentos da própria Administração Pública, o computador, o material de limpeza etc. Quer dizer, a pessoa está lá sob as ordens, usando os equipamentos da Administração Pública. Ou ainda quando essas pessoas físicas recebem ordem da própria autoridade administrativa: “olha, hoje você vai fazer isso, amanhã você vai fazer aquilo, hoje você trabalha aqui ou você trabalha ali”; tudo isso caracteriza subordinação.

Não pode haver esse entendimento direto entre a Administração Pública e o empregado. O entendimento é sempre com a empresa. A Administração não pode também dispensar o empregado, transferi-lo para outro local, porque isso também é indício de subordinação. O que se deve evitar é a



pessoalidade e a subordinação. Se houver essas características, o contrato vai ser considerado como fornecimento de mão de obra e, portanto, nulo.

Já existem algumas orientações anteriores à Lei de Responsabilidade Fiscal na esfera federal. O primeiro órgão que começou a estabelecer algumas normas foi o Tribunal de Contas da União, em cujo entendimento não pode haver contratação sob essa modalidade quando existam cargos e carreiras organizadas. Por exemplo, se nós temos o cargo de vigilante, não podemos terceirizar a atividade de vigilância.

Depois veio um decreto que praticamente incorporou esse entendimento do Tribunal de Contas. É o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, cujo art. 1º, §1º, estabelece quais as atividades que podem ser objeto de execução indireta, a saber, “conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”. Fora isso, a execução tem que ser feita diretamente pela própria Administração.

Mas o §2º do mesmo artigo tem uma norma importante, que diz: “não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade” (praticamente incorporando o entendimento do Tribunal de Contas), “salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”. Suponhamos que a Administração tenha o cargo de vigia; ela não pode terceirizar a atividade correspondente, mas, se o cargo for extinto, ela poderá terceirizar.

Quero fazer um parêntese para dizer que a extinção de cargos só podia ser feita por lei. No entanto, pela Emenda Constitucional nº 32, o Presidente da República pode agora extinguir cargos, o que facilitou a terceirização. Penso que Estados e Municípios, para procederem à extinção de cargos sem lei, precisam mudar as suas Constituições e Leis Orgânicas, porque esse dispositivo que foi alterado pela Emenda Constitucional fixa competências do Presidente da República e não é uma norma que se aplique automaticamente aos Estados e Municípios.

Com relação ao art. 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, eu queria fazer uma observação. Ele fala especificamente na terceirização para fornecimento de mão de obra que venha substituir o servidor público. Houve alguns autores que quiseram dar uma interpretação bastante restritiva a esse dispositivo, dizendo que todos os contratos de locação de serviços estariam alcançados pela norma; desse modo, se foi celebrado contrato de

locação de serviço, estaria nos limites da despesa com pessoal. Eu acho que não é esse o entendimento correto da norma. Penso que a locação de serviços, aquela verdadeira locação de serviços disciplinada pela Lei nº 8.666 não constitui despesa com pessoal e, portanto, está fora do limite. Esta é a primeira observação; o que vai constituir limite é o fornecimento de mão de obra, aquele tipo de contrato que é ilegal. Aliás, critico muito o dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal, pelo fato de fazer referência à terceirização para fornecimento de mão de obra, porque, se o contrato é ilegal, a lei não deveria fazer referência a ele.

Para tentar corrigir a falha saiu uma lei federal, que só se aplica na esfera federal, mas que, sendo de caráter interpretativo, pode servir de orientação para Estados e Municípios. É a Lei nº 9.995, de 25 de junho de 2000 (Lei de Diretrizes Orçamentárias da União), que estabelece praticamente uma interpretação do art. 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, dizendo o seguinte: “O disposto no §1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal independentemente da validade do contrato”. O que se quis foi deixar claro que o dispositivo não está dizendo que o fornecimento de mão de obra é legal, mas apenas que, seja legal ou ilegal, ele entra no limite da despesa com pessoal.

Essa lei diz também que “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: primeiro, sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade” (é quase que dizer que tem de ser atividade-meio para não ser considerado substituição de pessoal); “segundo, 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, total ou parcialmente”. Se faltar um desses requisitos, por exemplo, se for contratação para atividade-fim ou se o cargo não estiver extinto, ocorre substituição de pessoal. Se compararmos o Enunciado nº 331 do TST com essa Lei Federal, podemos concluir que ambos só admitem a terceirização para atividade-meio. A atividade-fim está excluída. Não podemos, por exemplo, terceirizar para contratar um professor, para contratar um médico, porque isso seria atividade-fim.

Como o meu tempo já se esgotou tentarei apresentar algumas conclusões de forma bem objetiva. Primeiro, nós temos que considerar a locação

de serviços sob a forma de empreitada, que visa a um objetivo determinado. Se queremos, por exemplo, uma pesquisa, uma auditoria, é perfeitamente lícito, porque não é fornecimento de mão de obra e não entra como despesa de pessoal, ficando, portanto, fora do limite.

A outra hipótese seria a de prestação de serviços contínuos; a Administração necessita de certas atividades continuamente; ela não quer um resultado específico; ela quer a vigilância, a assistência técnica, o serviço de ascensorista; todos têm que ser contínuos. Aí vem a distinção entre locação de serviço e fornecimento de mão de obra: se o contrato assumir a forma de locação de serviço, portanto sem as características de subordinação e pessoalidade, ele é válido, não é fornecimento de mão de obra e não entra no limite da despesa com pessoal, estando regulado pela Lei nº 8.666.

Se formos admitir que esse contrato entra no limite da despesa, vamos acabar com a Administração Pública, vamos inviabilizá-la, pois não se poderá fazer mais nada, sob pena de cair no limite da despesa. O que entra mesmo no limite é o fornecimento de mão de obra, não interessando aqui nem saber se o contrato é válido ou não; mesmo que seja válido, se foi o contrato celebrado para

substituir servidores, a despesa vai entrar no cálculo do limite da despesa com pessoal e também não vai livrar a autoridade de responder por ato de improbidade.

Finalizando, quero dizer que entendo que a expressão substituição de servidores e empregados foi posta na Lei de Responsabilidade Fiscal exatamente para evitar a burla que estava havendo, ao contratar-se empregados por interposta pessoa. Penso que foi isso especificamente que a lei quis impedir, apesar da redação da lei dar a impressão de um alcance maior. Em resumo, acho que o contrato de fornecimento de mão de obra é sempre ilegal na Administração Pública. Se for firmado, entrará no limite de despesa com pessoal.

Espero ter sido suficientemente clara, pois a matéria envolve inúmeros aspectos. Para a Lei de Responsabilidade Fiscal é irrelevante a validade do contrato. Para outros fins, como, por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa, para fins de responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos sociais, é que pode ter relevância.

Agradeço a atenção de todos e, mais uma vez, a oportunidade de vir falar para um público tão grande, tão seletivo, oriundo dos vários cantos das Minas Gerais. Obrigada.

## ADENDO – Inovações em matéria de terceirização na Administração Pública

O meu texto publicado na primeira edição desta coletânea organizada em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra corresponde a transcrição de conferência feita em Belo Horizonte, no *I Congresso Mineiro de Direito Municipal*, ocorrido entre os dias 7 e 9 de abril de 2002.

Desde então, ocorreram algumas inovações no tema da terceirização na Administração Pública. Essas inovações vieram tanto pela via legislativa, como pela via jurisprudencial.

Tratando-se de conferência, não havia como atualizá-la.

Porém, sendo o homenageado um ilustre jurista, professor, conferencista e, acima de tudo, um amigo a quem muito estimo e a quem aprendi a respeitar e admirar nos inúmeros momentos de convivência em congressos, seminários e outros eventos realizados em diferentes pontos do território brasileiro — em muitos deles usufruindo da amável companhia de sua esposa, Marli — não poderia deixar de contribuir de alguma forma para ampliar a homenagem que lhe foi prestada no livro organizado pela não menos ilustre colega e amiga Cristiana Fortini.

Por isso, pareceu oportuno dar continuidade ao tema já exposto na referida conferência, tratando das importantes inovações que ocorreram desde então em matéria de terceirização na Administração Pública

### 1 A questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas.

O Supremo Tribunal Federal pôs fim a uma controvérsia que vinha de longa data envolvendo o conflito entre o item IV da Súmula nº 331, de 17.12.93, do TST, e a norma contida no art. 71, §1º, da Lei nº 8.666, de 21.6.93.

A Súmula nº 331, com a alteração introduzida pela Resolução nº 96, de 11.9.2000, consagrou o seguinte entendimento do TST:

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 nº 6.019, de 3.1.74);

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio

do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93).

Pelos termos em que está redigida a Súmula, verifica-se que a regra geral é a de que o fornecimento de mão de obra (contratação de trabalhadores por empresa interposta) é ilegal, tendo como consequência o reconhecimento de vínculo entre o tomador de serviços e o trabalhador. No entanto, existem duas hipóteses em que não se forma o vínculo:

- a) quando o contratante é a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, porque, nesse caso, a formação do vínculo significaria burla à exigência constitucional de concurso público, contida no art. 37, II, da Constituição;
- b) quando se trate de contrato de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza ou de serviços especializados ligados à *atividade-meio* do tomador, desde que inexistente a *personalidade* e a *subordinação direta*.

Aparentemente, existe um conflito entre o item IV da Súmula e o §1º da Lei nº 8.666/93, que assim estabelece:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objetivo do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

O meu entendimento sempre foi o de que o conflito, na realidade, não existe, tendo em vista que a Súmula refere-se ao fornecimento de mão de obra, enquanto o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666 só pode estar abrangendo os contratos regidos por essa lei, dentre os quais não se insere o de fornecimento de mão de obra. Nem poderia a Súmula sobrepor-se ao disposto em lei, a menos que esta fosse considerada inconstitucional por interpretação judicial. No entanto, o conflito surgiu em decorrência da forma pela

qual a Justiça do Trabalho vinha aplicando o item IV da Súmula, estendendo-o a praticamente todos os tipos de contratos administrativos. Daí o conflito: enquanto o dispositivo legal afasta a transferência, para a Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, o item IV da Súmula prevê a responsabilização da Administração Pública (direta, e indireta), em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que a mesma haja participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Em razão disso, foi proposta ação perante o STF, pelo Governador do Distrito Federal, objetivando a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 (ADC nº 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso. *DJe*, 9 set. 2011). A decisão, por maioria de votos, em sessão plenária do dia 24.11.2010, foi no sentido de que é constitucional o referido dispositivo legal. No entanto, o acórdão não afastou a possibilidade de ser examinada pelo TST, em cada caso concreto, se a inadimplência do contratado teve como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

À vista desse entendimento do STF, o TST alterou a Súmula nº 331, em seu item IV, e acrescentou os itens V e VI, nos seguintes termos:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Posteriormente, em reclamações dirigidas ao STF, em razão do descumprimento do acórdão proferido na ADC nº 16/DF, os Ministros, em decisões monocráticas, têm cassado acórdãos proferidos pelo TST e determinado que outros sejam proferidos. Foi o que ocorreu nos autos do AIRR-130940-64.2007.5.02.0022, ajuizado pelo Estado de São Paulo contra decisão proferida pela 4ª Turma do TST. Citando outros precedentes, a Ministra

Cármen Lúcia julgou procedente a reclamação para cassar a decisão proferida pela 4ª Turma do TST e determinar que outra decisão fosse proferida como de direito (decisão de 15.9.2011).

O fato é que, diante da decisão do STF, incorporada no item V da Súmula nº 331, do STF, a Administração Pública deve tomar algumas cautelas:

- a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do art. 71 da Lei nº 8.666/93;
- b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevenindo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do art. 71 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no art. 78, I e II, da mesma lei;
- c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis.

Sem a adoção dessas cautelas, a Administração Pública, acionada perante a Justiça do Trabalho, poderá ser responsabilizada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas. Se tomadas essas cautelas, ainda assim o TST decretar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública com fundamento na Súmula nº 331, cabe reclamação administrativa ao STF.

Em resumo, pela decisão do STF declarando a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, e pelos termos do item V da Súmula nº 331, do TST, a regra é a de que a Administração Pública não responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, em caso de inadimplemento pelo contratado, a menos que tenha havido omissão ou falha na fiscalização da execução do contrato.

## 2 Interpretação do art. 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal

Outra inovação que merece ser lembrada a propósito da terceirização feita no âmbito da Administração Pública diz respeito à interpretação do art. 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000) em decorrência de norma que vem sendo repetida, com pequenas alterações, nas sucessivas Leis de Diretrizes Orçamentárias da União.

O art. 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal determina 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”.



O dispositivo merece críticas porque implicitamente está admitindo a possibilidade de contratos de terceirização de mão de obra para substituição de servidores e empregados públicos. Para afastar essa possibilidade, a norma deve ser interpretada no sentido de que, mesmo sendo ilegal, se celebrado esse tipo de contrato, a despesa a ele correspondente será considerada como despesa de pessoal para os fins do limite estabelecido pelo art. 169 da Constituição Federal.

Provavelmente na tentativa de corrigir a falha, as leis de diretrizes orçamentárias da União têm trazido norma que pode ser considerada interpretativa do referido dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal. A atual Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 12.465, de 12.8.2011) determina, no art. 84, *caput*, que “para fins de apuração da despesa com pessoal, prevista no art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, deverão ser incluídas as despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da Lei nº 8.745, de 1993, bem como as despesas com serviços de terceiros quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos, observado o disposto no §3º deste artigo”.

O dispositivo diz, também, no §3º, que “não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do *caput*, os contratos de serviços de terceiros, relativos a atividades que, simultaneamente: I - sejam acessórias, instrumentais ou complementares às atribuições legais do órgão ou entidade, na forma prevista em regulamento; II - não sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou sejam relativas a cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente; III - não caracterizem relação direta de emprego”.

A ideia, portanto, é de que só é válida a terceirização para atividade-meio. E repete-se a norma que já estava contida no Decreto Federal nº 2.271,

de 7.7.97, quanto à possibilidade de terceirização quando se tratar de cargo ou categoria extinto total ou parcialmente. Esse Decreto, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, acolheu entendimento do Tribunal de Contas da União, ao estabelecer, no art. 1º, quais as atividades que devem ser executadas, de preferência, por execução indireta, abrangendo as de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. No §2º, determina que “não poderão ser objeto de execução indireta 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”.

Mesmo nesses casos, a contratação não tem por objeto o fornecimento de mão de obra, mas a prestação de serviço pela empresa contratada. É o que consta expressamente do art. 3º, quando determina que “o objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços”.

Embora essas normas, tanto da Lei de Diretrizes Orçamentárias como do Decreto nº 2.271/97 sejam aplicáveis apenas à União, não há dúvida de que, tendo caráter interpretativo de dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal — esta sim de âmbito nacional — podem servir de orientação na terceirização efetivada no âmbito estadual e municipal.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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

---