

## Consulta COSEMSSP

Para: Instituto de Direito Sanitário Aplicado (IDISA)

Assunto: Portaria nº 233, de 15 de abril de 2019.

A Lei Complementar n. 101, de 2.000 (LRF), impõe aos entes federativos limitações fiscais no tocante às despesas com pessoal, nos termos dos seus arts. 18 e 19, tendo definido o significado da expressão *despesa com pessoal* da seguinte forma:

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

*§1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".*

É atribuição da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) regulamentar, dentre outros aspectos, o *registro contábil das despesas públicas*, a qual manteve durante esses anos, o entendimento de que *terceirização de mão-de-obra* consiste na *substituição*, por terceiro, de servidor e empregado público para a execução de atividades públicas, tendo ficado excluídos os valores dos contratos de parcerias e fomento público pelo fato de seu escopo não ser o de substituição de mão-de-obra, mas sim de estímulo à atuação em cooperação entre entes públicos e privados no desenvolvimento de atividades de interesse público, cuja finalidade é a substituição de servidor público.

O Tribunal de Contas da União (TCU), no acórdão 2.444, de 2016, que decorreu de solicitação do Congresso Nacional a respeito da possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais por entes públicos na área da saúde, e da forma de contabilização dos pagamentos a título de fomento, nos limites de gasto de pessoal da LRF, tratou desse tema, tendo aquele órgão se manifestado, conforme transcrição abaixo, no sentido de não ser possível considerar tais despesas como gasto de pessoal, sem deixar de levantar a hipótese de que, se estiver havendo uso abusivo nessas contratações, no sentido de mascarar desvio de finalidade da cooperação para tão somente escapar dos limites fiscais da LRF com gasto de pessoal, seria o caso então, de o Congresso Nacional proceder a regulamentação específica.

A decisão daquela Casa de Contas definiu que:

*“1. Não há, na jurisprudência do TCU, deliberações que reconheçam como obrigatória a inclusão de despesas pagas a organizações sociais que celebram contrato de gestão com a União para fins de verificação do atendimento aos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela LRF.*

*2. Os fundamentos adotados pelo STF na ADI 1.923 confirmam que os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de terceirizados. 3. O art. 18, § 1º, da LRF e o art. 105 da LDO 2016 exigem apenas a contabilização dos gastos com contratos de terceirização de mão de obra que se referem a substituição de servidores e empregados públicos e a contratação de pessoal por tempo determinado; assim, nem todo gasto com terceirização de mão de obra o legislador elegeu para fazer parte do cálculo do limite de despesa com pessoal. Se a norma restringe os casos de contabilização dos gastos com terceirização, com maior razão conclui-se que as despesas com contratação de organizações sociais não devem ser computadas para finalidade do art. 19 da LRF.*

*4. A utilização abusiva da contratação de organizações sociais pode acarretar riscos ao equilíbrio fiscal do ente federativo, cumprindo ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade, bem como avaliar a oportunidade e a conveniência de legislar sobre a matéria, de forma a inserir ou não no cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000, as despesas com pessoal dessas organizações.”<sup>1</sup>*

Contudo, dois anos após essa manifestação do TCU, em 2018, o Manual de Demonstrativos Fiscais do Tesouro Nacional (Portaria STN 389), aplicáveis a todos os entes da federação, estabeleceu que *“as despesas com terceirização que implicam transferência de determinado serviço à outra empresa ou que seja realizado para cumprimento de atividade fim do ente público de forma indireta, deverá ser computada como “outras despesas de pessoal”, como é o caso das organizações sociais”*.

Tal decisão, na contramão do TCU e da própria STN durante todos esses anos, encerra radical mudança de interpretação quanto à matéria, uma vez que os contratos de gestão com as organizações sociais não eram tipificados como contrato de terceirização de mão-de-obra, por não ter o escopo de *substituir* servidores e empregados públicos. Esse correto entendimento afastou as organizações sociais e outras entidades afins, do conceito previsto no § 1º do art. 18, não incidindo, pois, no cômputo do gasto com pessoal, as suas despesas, até então (2018).

Em abril do corrente ano, 2019, a STN editou a Portaria 233, para disciplinar o tema tratado na Portaria STN 389, de 2018, dispondo que *“até o final do exercício de 2019, a STN/ME deverá definir as rotinas e contas contábeis,*

---

<sup>1</sup> Consultar Santos, Lenir & Carvalho, Guido. Comentários à Lei Orgânica da Saúde, 5ª edição, Saberes Editora, 2018, pag. 345.

*bem como as classificações orçamentárias, com a finalidade de tornar possível a operacionalização do adequado registro dos montantes das despesas com pessoal das organizações da sociedade civil que atuam na atividade fim do ente da Federação e que recebam recursos financeiros da administração pública, conforme definido no item 04.01.02.01 (3) da 9ª edição do Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF), aprovado pela Portaria STN nº 389, de 14 de junho de 2018, e alterações posteriores”. Estatuindo, ainda, que até o “final do exercício de 2020, os entes da Federação deverão avaliar e adequar os respectivos dispositivos contratuais bem como os procedimentos de prestação de contas das organizações da sociedade civil para o cumprimento integral das disposições do caput”.*

Se por uma lado a STN flexibilizou o prazo para o atendimento de suas determinações exaradas em 2018, ao permitir que excepcionalmente para os exercícios de 2018 a 2020, os montantes dos gastos com terceirização não serão obrigatoriamente levados em consideração “no *cômputo da despesa total com pessoal do ente contratante*” manteve a interpretação de que “*nas despesas com pessoal decorrentes dos contratos firmados com entidades das organizações da sociedade civil estão compreendidos todos os valores dos contratos firmados com organizações sociais da sociedade civil cujo escopo seja a terceirização de mão-de-obra, quais serão “plenamente aplicáveis a partir do exercício de 2021 as regras definidas conforme o Manual de Demonstrativos Fiscais vigente”.*

Causa espécie essa consideração do STN de que o Poder Público estabelece contratos de terceirização de mão-de-obra com entidades privadas qualificadas como organização social, quando a legislação que rege a matéria define regras de fomento e parceria, reconhecida pelo STF em seu Acórdão n. 1.923, de 2015, que julgou a constitucionalidade da Lei n. 9.637, de 1998. Não há como considerar a substituição de servidor e empregado público, mediante contrato de prestação de serviços de terceirização de mão-de-obra, com o instituto do fomento e parceria público-privada.

Essa mudança de entendimento do STN, que extrapola suas competências legais, se prosperar, gerará grave insegurança jurídica para os entes federativos que doravante terão que computar em suas despesas de pessoal, as decorrentes dos contratos com organizações sociais ou de outros contratos de parcerias público-privada, em especial os da área da saúde, setor mais sujeito a esse modelo contratual, causando, certamente, caos nos serviços públicos de saúde.

Além do mais, tendo o TCU em seu Acórdão 2.444, de 2016, determinado que o crescimento dessa forma de prestação de serviços de saúde, se se demonstrar abusiva e com isso acarretar riscos ao equilíbrio fiscal do ente federativo no tocante ao seu gasto com pessoal, imporia ao Poder Legislativo federal avaliar a necessidade e conveniência de legislar sobre a matéria para inserir ou não no *cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da referida lei complementar, despesas com fomento e parceria, tendo o TCU definido não caber ao Poder Executivo regulamentar tal disposição no sentido de alargar a compreensão do § 1º do art. 18. Dentre as atribuições do STN de editar normas sobre programação, execução orçamentária e financeira, procedimentos contábeis para o adequado registro dos atos da gestão orçamentária, financeira*

e patrimonial dos órgãos e entidades da Administração Pública não se pode compreender matéria que somente a lei poderia disciplinar.

Nesse sentido, entendemos que somente ao Congresso Nacional caberá tal definição, lembrando ainda que o PLS n. 427, de 2017, que altera a Lei n. 9.637, de 1998, não será suficiente para resolver tal situação, caso o pretenda, tendo em vista tratar-se de lei ordinária e a matéria que trata do equilíbrio fiscal dos entes federativos é lei complementar.

Assim, no nosso entendimento, enquanto não houver disciplina legislativa sobre o tema, deve-se manter a compreensão de que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra são aqueles em que há substituição de servidores e empregados públicos, não se aplicando tal entendimento aos contratos com organização da sociedade civil, exceto aquelas situações em que de fato houver a extinção de serviços públicos e seu pessoal for cedido às organizações sociais. Nesses casos, à evidência a substituição de servidores nos serviços públicos, ainda que os mesmos tenham sido extintos, mas conferidos à pessoa jurídica privada mediante contrato, os quais serão executados pelos servidores afastados. Isso não significa dizer que os empregados novos a serem contratados também devam ser computados, mas tão só as despesas com os servidores cedidos.

Por outro lado, os institutos jurídicos – da terceirização de mão-de-obra e os de fomento e parceria – são distintos, tanto que distintas são as disciplinas jurídicas. Além do mais qualquer alteração que pretenda alterar a compreensão do disposto no § 1º do art. 18 da LRF, somente poderia ocorrer mediante edição de lei complementar como dissemos acima. Se há abuso no tocante ao uso de institutos que preveem parcerias público-privada, e até pode haver em certos casos, isso deve ser corrigido no âmbito competente. A realidade é que a regulamentação do STN não pode ter o elastério de alterar regras específicas do fomento público.

Ainda que muitos professem entendimento contrário a grande abertura dos serviços públicos, em especial os de saúde, para serem realizados por organizações sociais e seu fraco controle, permitindo certos abusos, não há como pretender corrigir tais distorções deformando o instituto e o classificando como de terceirização de mão-de-obra.

Por conclusivo, entendemos que: i) não caberia ao Tesouro Nacional classificar como *outras despesas de pessoal* as decorrentes de contratos de fomento público, se a LRF não o fez; ii) somente lei complementar poderá dispor sobre o tema, conforme bem reconheceu o próprio TCU no Acórdão aqui citado; iii) a competência do Tesouro Nacional para definir regras de contabilidade, registro, programação e demais procedimentos referentes as despesas públicas é disciplina operacional, de caráter executivo que não pode inovar a lei; e iv) a cooperação entre entes públicos e privados, como são os casos previstos na Lei n. 13.019, de 2014, na Lei n. 9.637, de 1998 e outras, não se confunde com substituição de servidor e empregado público mediante contrato de terceirização de mão-de-obra, como bem entendeu o TCU em seu Acórdão 2.444, de 2016.

Lenir Santos  
Instituto de Direito Sanitário Aplicado (IDISA)  
OAB-SP 87807